

Les partenariats public-privé : un héritage positif pour les générations futures ?

Mémoire pour le Master professionnel : *Management du secteur public : collectivités et partenaires*

Soutenu par : Clémence RENEAUD,

le 6 septembre 2007

Jury : Marc FRANGI, maître de Conférences de droit public à l'Institut d'Etudes Politiques Président
du jury Arnaud PELISSIER, Avocat au barreau de Lyon Directeur du mémoire Driss BOUGRINE,
Responsable juridique de « Lyon Parc Auto » Maître de stage

Table des matières

Remerciements . .	5
INTRODUCTION GENERALE . .	6
PARTIE I : Origine et contexte des Partenariats public-privé : L'héritage du droit public français et le stimulus britannique : . .	12
CHAPITRE I : A l'origine des Partenariats Public-Privé : l'héritage de la concession . .	12
I) La longue tradition française de la concession : . .	13
II) La réunion de différents facteurs Socio-culturels . .	21
III) Les acteurs en présence . .	24
CHAPITRE II : le « stimulus » britannique et les dérives avérées : . .	29
I) Signification et importance des ppp au Royaume-Uni . .	30
II) La controverse politique en matière de recours au privé pour le financement des services publics . .	32
III) Les partenariats public-privé dans le domaine du social en Grande-Bretagne : une baisse de qualité . .	34
PARTIE II : Une forme de coordination de l'intervention publique à maîtriser par les gestionnaires publics : . .	39
CHAPITRE I : MONTAGE DU DOSSIER :Utilité socio-économique et partage des risques . .	40
I) Genèse d'un projet d'ouvrage public : les phases préalables . .	41
II) La phase d'allocation des risques : Une difficulté qui n'est pas encore intégrée dans la culture publique . .	47
CHAPITRE II : L'Evaluation financière comme légitimation du recours au Partenariat Public Privé . .	52
I) La justification juridique et financière du recours au Partenariat Public Privé . .	53
II) Les différents modes d'externalisation en compétition . .	59
PARTIE III : Quelles conséquences financières pour le secteur public local ? . .	70
CHAPITRE I- Partenariats Public Privé et Collectivités : Quel avenir ? . .	70
I) Un nouveau mode d'action publique locale : . .	71
II) Les Pistes d'évolution proposées . .	73
CHAPITRE II- Externalisation de la dépense : Les coûts cachés . .	76
I) Les coûts d'expertise technique et juridique : . .	77
II) Les coûts indirects liés au risque politique . .	77
III) Les coûts du crédit : . .	78
IV) L'aléa financier : . .	78
CHAPITRE III Les Partenariats Public-Privé : un outil de performance de l'action publique . .	80
I) D'une action fonctionnelle à une action stratégique : l'introduction des critères de performance . .	80
II) La nécessaire présence des entreprises privées au côté de l'administration : . .	81
CONCLUSION GENERALE . .	83
BIBLIOGRAPHIE . .	86
Lois et règlements . .	86
Jurisprudence . .	86

Lignes directrices . .	86
Rapports . .	87
Ouvrages : . .	87
Revue . .	87
Articles : . .	88
A propos du partenariat public-privé . .	89
Internet . .	89
<i>Liens vers les sites institutionnels français relatifs à la gestion déléguée . .</i>	89
<i>Liens vers les sites institutionnels étrangers relatifs à la gestion déléguée . .</i>	89
ANNEXES : . .	90

Remerciements

Mes remerciements s'adressent à Maître PELISSIER, mon directeur de mémoire pour ces remarques constructives et sa disponibilité.

Je tiens aussi à remercier M. BOUGRINE, maître de stage et M. COPY, Directeur Administratif et Financier de Lyon Parc Auto pour m'avoir guidé dans la problématique de ce mémoire.

J'adresse également un salut particulier à Maître SESTIER et Maître PARISI pour m'avoir fourni de nombreux documents intéressant mon sujet.

Mes remerciements vont également à M. COLLIN et Melle DENECHAUD qui se sont révélés être un soutien et une aide importante pendant toute la construction du mémoire.

INTRODUCTION GENERALE

La collaboration entre les secteurs privés et publics pour assurer la prestation d'un service public n'a rien de neuf mais existe-t-il aujourd'hui dans l'actualité administrative un sujet plus débattu et controversé ?

Il est clair que les difficultés budgétaires du secteur public et la recherche d'une efficience accrue ont entraînés ces dernières années l'apparition de nouvelles formes de coopération institutionnelles entre public et privé.

L'enjeu est de répondre à la question suivante : comment, avec les mêmes ressources financières publiques, faire plus, faire plus vite et faire mieux ?

Il nous revient ici à titre introductif de rappeler brièvement le contexte général¹ et les quelques raisons qui ont conduit à ce rapprochement institutionnel entre secteur public et secteur privé : crise de l'Etat providence et des finances publiques, frustration grandissante de l'opinion publique à l'égard de la qualité des services publics, passation de nombreux marchés publics pour la fourniture de biens et de services.

C'est donc sous le vocable de partenariat public-privé (PPP) que l'on regroupe ces formes de coopération. Cependant, il est important de faire ressortir la grande variété des définitions données aux PPP.

Le terme de partenariat public-privé peut recouvrir des acceptions très différentes, n'étant couvert par aucune définition juridique.

Cependant, en droit, les partenariats public-privé (PPP) peuvent être envisagés à partir de la définition qu'en donne le livre Vert de la Commission européenne du 30 avril 2004 : sont en cause *“des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service”*.

Sur ces bases s'inscrit une relation enracinée dans une durée relativement longue et caractérisée par une allocation des risques entre acteurs publics et entrepreneurs.

On ne l'utilisera ici ni dans un sens trop étroit (le contrat de partenariat défini par l'ordonnance du 17 juin 2004), ni dans un sens trop extensif (l'ensemble des coopérations entre secteurs publics et privés).

Les différentes formes de coopération entre acteurs privés et acteurs publics sont anciennes et multiples. On peut les classer en trois grandes catégories² :

les formes institutionnelles, par association d'actionnaire privés et publics au capital d'une même société : ce sont en France les SEM (Sociétés d'Economie Mixte)

¹ V. TELESCOPE, Vol. 12 n°1 février 2005, p3, revue d'analyse comparée en administration publique, Observatoire de l'Administration publique, Université du Québec

² V. P. VANDEVOORDE, les partenariats public-privé en France à la croisée des chemins, La Revue du Trésor N° juin 2007 p 309.

les formes participatives qui traduisent l'apport de capitaux publics à des activités économiques privées (même si elles peuvent contribuer à l'intérêt général) : elles peuvent se traduire par des subventions ou des co-investissements.

Les formes contractuelles qui peuvent se traduire par la vente d'actifs par la collectivité publique (externalisation du patrimoine immobilier de l'Etat, privatisation d'entreprises publiques), soit l'achat par la puissance publique de travaux, fournitures ou services délivrés par le secteur privé.

Celui-ci peut prendre la forme de :

- marchés publics
- délégations de services publics, aux risques et périls du cocontractant privé
- les contrats de partenariat au sens défini par l'ordonnance du 17 juin 2004 et plus généralement de « partenariat public-privé » au sens large.

L'article Premier de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat³ définit ces derniers comme étant :

“Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels [une personne publique] confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser (...).

Dans ce qui suit, on entendra par « Partenariat public-privé »⁴ :

- les contrats de partenariat au sens strict de l'ordonnance du 17 JUIN 2004 ;
- les contrats de même nature résultant de textes antérieurs à objet spécifique :
- bail emphytéotique administratif (BEA) de la loi de 1988
- autorisations temporaires d'occupation du domaine public de l'Etat de la loi de 1994 (AOT)
- bail emphytéotique hospitalier (BEH) de l'ordonnance de 2003
- équipements relatifs à la justice et à la sécurité intérieure prévus par les lois LOPSI et LOPJL de 2002.

En effet, ces différents types de contrats répondent à la même logique économique qui est celle du financement de projet appliqué à un ouvrage public.

En outre, le projet doit être structuré de sorte qu'il dégage en son sein des ressources permettant d'assurer sa réalisation et sa gestion.

Ces différents types de contrats assurent également tous un arbitrage entre ce que paie l'utilisateur et ce que paie le contribuable pour un équipement collectif.

³ Ordonnance prise sur le fondement de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

⁴ On parlera de « PPP »

Conçus et gérés selon les normes propres au secteur privé, ces équipements et services sont ainsi mis à la disposition des administrations selon un cahier des charges élaboré pour les besoins du service public.

Néanmoins, c'est sous la responsabilité des opérateurs privés que ces équipements ou services sont gérés.

Dans ce mémoire, on prendra donc une acception du PPP qui confère un rôle central à l'intervention de capitaux privés dans le fonctionnement des services collectifs.

La philosophie de ces contrats est en effet de :

« permettre à l'administration de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée, tenue de trouver les financements les mieux adaptés à son activité, voire d'assurer aux équipements en cause des débouchés autres que ceux qui répondent strictement aux besoins de l'administration contractante »⁵.

C'est ce qui permet aux autorités administratives d'obtenir que la rémunération soit étroitement liée à des critères de performance dans l'exécution de la prestation et calculée sur l'ensemble de la durée du contrat. C'est aussi ce qui conduit à donner à ces contrats un caractère global.

Lorsque ces contrats comprennent une part de construction, la contrepartie de la responsabilité de l'entreprise, c'est « la latitude qui lui est laissée pour concevoir et bâtir l'équipement que l'administration utilisera. L'avantage pour l'administration, c'est que l'entreprise lui fournira un service complet pouvant aller de la conception et la construction de l'équipement jusqu'à son exploitation et sa maintenance »⁶.

Mais, et c'est ici que le terme de partenariat prend tout son sens, « il s'agit d'équipements ou de services exigeant des investissements importants qui sont assumés par la personne privée, et dont l'exploitation n'est pas destinée à assurer la rémunération⁷ ».

Dès lors, le contrat doit assurer un partage des risques très rigoureux pour mobiliser les financements privés tout au long de la vie, nécessairement longue, du contrat.

Ceci implique que toutes les parties (administration, banques, opérateurs...) tissent des relations contractuelles qui déterminent avec précision l'ensemble des risques identifiés et quelle partie les prend en charge, et qui engagent chacun dans des participations ou des garanties mutuelles. Pour l'administration, il peut s'agir, par exemple, d'accorder des sûretés sur des biens domaniaux, ou de prévoir de façon détaillée quelles garanties aura la banque si l'opérateur chargé du service vient à défaillir.

Cet ensemble contractuel complexe destiné à assurer un partage précis des risques distingue ces contrats de partenariat à la fois des marchés publics et des délégations de service public.

En résumé, les PPP sont⁸ :

- **Des contrats globaux** qui comprennent obligatoirement au moins trois éléments :
- le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;

⁵ **Les Contrats de Partenariat, Principes et méthodes, Document élaboré par le MINEFI, www.ppp.minefi.gouv.fr.**

⁶ La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP) relative à la maîtrise d'ouvrage publique ne s'applique donc pas

⁷ Les Contrats de Partenariat, *Principes et méthodes* p. 8

⁸ Les Contrats de Partenariat, *Principes et méthodes* p. 10 (préc.)

- la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements (y compris immatériels) ;
- leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion.

- Des contrats de longue durée :

Elle est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

En effet, il ne peut y avoir de justification économique pour les deux partenaires à recourir à un contrat de partenariat que sur la durée :

- par la baisse attendue du coût du service (conception, réalisation, exploitation/maintenance par la même personne) ;
- par un meilleur entretien des ouvrages qui allonge leur durée de vie ;
- par la liberté laissée aux partenaires de choisir une durée tenant compte des caractéristiques du financement du projet.

- Des contrats aux modalités de rémunérations originales :

La rémunération du contractant par la personne publique présente trois éléments caractéristiques :

- elle est étalée sur la durée du contrat ;
- elle est liée à des objectifs de performance ;
- elle peut intégrer des recettes annexes, en effet, l'ordonnance de 2004 est d'une relative souplesse concernant la possibilité de mettre en place des « financements innovants » combinant plusieurs éléments : versement direct par la personne publique, revenus provenant de la valorisation du domaine public, recettes supplémentaires d'exploitation.

Les PPP étant une façon de faire peser les risques sur ceux qui sont à même de mieux les maîtriser, certains n'hésitent pas à en faire le « *remède miracle de tous les maux qui affectent l'action publique* »⁹.

En outre, il n'est pas besoin d'une longue enquête pour constater que l'engouement actuel pour les Contrats de partenariat public-privé n'est pas limité à la France¹⁰.

Le fait que la France ait adopté tardivement le dispositif n'est d'ailleurs guère étonnant : *“Il n'y a pas de modèle universel pour les PPP en Europe. Dans chaque pays, la structure juridique et contractuelle retenue a dû s'adapter aux exigences du cadre juridique existant. Nulle part, cette nécessité n'a été aussi importante qu'en France”*¹¹.

Le modèle étranger le plus connu est celui des contrats de « *Public Private Partnerships* » ou autrement dit « *Private Finance Initiative* » (PPP/PFI) en Grande-Bretagne, le gouvernement travailliste de Tony Blair ayant fait des PPP son cheval de bataille.

⁹ Revue TELESCOPE préc. , p. 4

¹⁰ V. F. LINDITCH, Les partenariats public-privé vecteur d'externalisation et de déconsolidation, pour le Colloque sur le Contrat de Partenariat qui s'est déroulé le 2 et 3 juin 2005 à Toulouse, organisé par l'Institut Juridique de l'Urbanisme et de la Construction (IEJUC), sous la direction de Françoise FRAYSSE.

¹¹ P. Lignières, les partenariats public-privé, Litec, 2ème éd.

Ce modèle dont on peut noter “l’extraordinaire fortune (...) au-delà des frontières britanniques¹²”, dans la mesure où il s’analyse en un montage contractuel innovant, va rapidement devenir l’exemple à suivre pour les autres pays européens (Italie, Espagne et Portugal), sous des modalités différentes.

Ces différentes formules constituent autant d’instruments que le législateur français s’est réapproprié partiellement dans la perspective d’instituer des partenariats public-privé efficaces.

Mais en même temps, l’association des capitaux privés aux investissements publics ne peut pas susciter l’unanimité.

Autrement dit, face à cette innovation, chacun cherche le piège ou les arrière-pensées.

- Les PPP permettent-ils réellement de réduire les coûts et les risques ?
- Vont-ils conduire à la privatisation de services publics ?
- Les systèmes de valeurs privés et publics ne sont-ils pas antinomiques ?

Sans compter l’émergence de nombreuses craintes :

- les craintes liées à la transcription comptable des opérations réalisées en contrat de partenariat ;
- les risques juridiques en lien avec leur passation ;
- les asymétries d’information entre collectivités publiques et partenaires privés ;
- la crainte d’une évasion des compétences locales du fait de l’externalisation des missions
- les déficits d’information, de pédagogie et d’exemplarité par l’État...

En effet, particulièrement remontés, les syndicats de fonctionnaires du Québec, l’association ATTAC, ou certains observateurs britanniques¹³ mettent en avant la délicate combinaison des logiques de l’intérêt général et celle du profit.

On ne résiste pas au plaisir de signaler que « PPP » selon ATTAC-Québec signifierait : « *Privatisation du Patrimoine Public* » ou « *Profits Privilégiés pour le Patronat* ». Tandis que selon le syndicat canadien de la fonction publique, mieux vaudrait parler de « *Plan Pervers de Privatisation* », ou que le PFI britannique (« Private Finance Initiative ») devrait être traduit par « *Perfidious Financial Idiocy* » selon les observateurs attentifs à son utilisation dans le milieu hospitalier¹⁴.

Cette résistance détonne dans le concert univoque des « *louanges de la formule* ». Si l’on s’en tient à des sources officielles¹⁵, ces contrats permettent d’assurer :

- une rapidité de réalisation incomparables : gain de temps estimé de 12 à 36 mois pour la construction des commissariats grâce à la formule mise en place par l’article 3 de la loi d’orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), formule autorisant

¹² Rapport du commissariat au Plan p. 44

¹³ V.F. LICHERE, Les contrats de partenariat, fausse nouveauté ou vraie libéralisation de la commande publique, RDP 6-2004, Spéc P. 1563 et s.

¹⁴ British Medical Journal, n°319 du 3 juillet 1999 ; Privatisation, sous-traitance et partenariats public-privé : charity.com ou business.org (par Gilles Carbonnier)

¹⁵ V. « Les contrats de partenariat, Principes et méthodes », Groupe de travail du MINEFI, Le moniteur 3 juin 2005 (supplément)

la conclusion de contrats globaux sur une mission portant à la fois sur la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police et à la gendarmerie nationale »¹⁶ ;

- une réduction de coût appréciable : la formule des PFI aurait permis une économie de 17 % par rapport à la formule classique des marchés publics¹⁷.

Cependant, pour que les PPP répondent aux attentes qu'on a placé en eux, ils doivent satisfaire au moins deux objectifs :

- la qualité des services devra être précisément définie
- un transfert effectif des risques devra être permis vers le partenaire (risques techniques mais également financiers).

Ainsi, cette nouvelle formule nécessitera plus que jamais le concours des juristes qui auront la charge d'écrire un contrat de longue durée.

C'est au regard de cette nécessité et de ce travail de juriste que la problématique de ce mémoire prend naissance.

Autrement dit on peut se poser la question suivante :

Les PPP sont-ils un héritage positif pour les générations futures ?

Ou bien encore, Les partenariats public-privé :

simple moyen de débudgétisation ou véritable outil de performance publique ?

Après avoir fait ressortir le contexte général de l'engouement pour les PPP, la grande variété de leurs définitions et les différents acteurs en présence, nous verrons ensuite en quoi la Grande-Bretagne fait office de référence en matière de PPP mais aussi en quoi malheureusement elle illustre les dérives de ce type de coopération public-privé (Partie I).

Il s'agira ensuite d'imaginer les risques d'exécution à venir et de préparer un « clausier », mode d'emploi pratique du contrat de PPP, destiné à encadrer le mieux possible ces contrats.

Plus que jamais, on verra en quoi il convient aux gestionnaires publics de maîtriser cette de coordination de l'intervention publique.

Ainsi, cette deuxième partie s'attachera plus à l'aspect financier et à la comparaison des différents modes de gestion (Partie II).

Car en effet, ni « poule aux œufs d'or » ni « miroir aux alouettes », le Contrat de partenariat ne trouve son utilité que sur un champ bien circonscrit.

Cette deuxième partie sera notamment illustrée par notre expérience au sein de la Société d'Economie Mixte « Lyon Parc Auto ».

Nous verrons enfin que s'il est utilisé à bon escient, il peut être un remarquable outil de modernisation et de meilleure efficacité de l'action publique. En effet, de nombreux auteurs, au-delà d'un simple montage juridico-financier, y voient un véritable outil de performance publique. La troisième partie de cette démonstration s'attachera à analyser en quoi les PPP pourraient constituer un stimulant pour la rénovation de l'action publique locale, voir même un outil de réforme de l'Etat (III).

¹⁶ Rapport général du sénat, LF/2004, tome I

¹⁷ D'après le National Audit Office (cour des comptes britannique)

PARTIE I : Origine et contexte des Partenariats public-privé : L'héritage du droit public français et le stimulus britannique :

La collaboration entre les secteurs privés et publics n'est ni une idée, ni une pratique nouvelle, c'est pour cela que l'on peut bien parler « d'héritage ».

La France, en la matière, est même un exemple spectaculaire : la première législation encadrant la délégation de service public date de 1880.

Sous diverses appellations, le concept de partenariat public-privé existe donc depuis longtemps.

Il nous revient dans cette première partie d'évoquer le contexte et les raisons de ce mode de gestion plus que jamais remis au goût du jour et de voir si les acteurs en présence sont les mêmes depuis l'origine de ce mode de coopération. Nous verrons que les rôles attribués à chacun de ces acteurs ont évolué quant à eux (Chapitre I).

Enfin, nous verrons plus précisément en quoi l'expérience britannique en matière PPP a constitué un stimulus puissant dans un premier temps mais aussi une illustration des dérives de ce type partenariat, notamment dans le secteur social où il y a pu avoir conflit d'intérêt entre notion de Service Public et services commerciaux (Chapitre II).

CHAPITRE I : A l'origine des Partenariats Public-Privé : l'héritage de la concession

La France bénéficie d'une longue pratique des concessions de services publics pour lesquelles la littérature française consacrée a pu faire référence au « modèle français des concessions » ou aux « concessions à la française ». Le modèle de coopération entre secteur public et secteur privé n'est donc pas une pratique étrangère au sein de contrats publics français, bien au contraire (I).

Pour illustrer notre propos sur l'origine des partenariats public-privé, il nous est apparu intéressant de citer le Professeur Jacqueline Morand-Deville tenant ces propos lors du discours de clôture du colloque sur les Partenariat public-privé¹⁸ qui s'est déroulé à Toulouse en juin 2005, c'est-à-dire au moment où l'on soufflait la première bougie d'anniversaire de ce « jeune enfant » :

¹⁸ Colloque sur le contrat de Partenariat, Les 2 et 3 juin 2005 à Toulouse organisé par l'Institut Juridique de l'Urbanisme et de la Construction (IEJUC), sous la direction de Françoise FRAYSSE.

«Jeune enfant, le terme est impropre. Le contrat de partenariat est plutôt un vieillard car l'association des forces vives du secteur public et du secteur privé pour l'administration des choses et des hommes est à l'origine même de l'histoire des sociétés organisées ».

En réalité, du fait des différentes évolutions économiques, sociales et culturelles (II), il s'agirait donc plus d'un « lifting » plus que d'une naissance.

Cette évolution a abouti à un important mouvement de réforme et à la création d'organismes experts (III).

I) La longue tradition française de la concession :

L'une des formes les plus anciennes du contrat de concession est constituée par la délégation au secteur privé de prestations de services, de travaux et même de contrôle, pendant une longue durée de temps et contre un paiement public, c'est ce que l'on appelle le partenariat public-privé.

Il est évident que ce contrat a subi des modifications pour faire face à l'évolution des sociétés et des besoins.

A) Les relations partenariales public-privé dans l'histoire contractuelle française :

Héritière d'une longue tradition historique, la « concession à la française » a progressivement été reconnue comme « *un modèle de développement des infrastructures et des équipements publics. La Banque Mondiale, en 1994, devait ainsi en reconnaître les mérites pour les pays en voie de développement* »¹⁹.

Il est vrai que les groupes français bénéficient d'une réputation internationale dans ce secteur et d'un savoir-faire particulier²⁰.

A ce titre, nous pouvons citer des grandes entreprises françaises telles que Vinci, Suez, EDF, Bouygues, Veolia, Spie-Batignolle ou Eiffage.

Le contrat de concession « à la française » c'est la liberté absolue des parties de négocier des accords tout en rentrant dans un cadre de gestion, de finances et de prestations de services extrêmement contraint.

La France a pu, notamment au XIXème siècle, se développer à partir de ce contrat.

Sur la base d'un article du Professeur X. Bezançon²¹, un bref résumé historique nous permet de voir que les Partenariats entre le secteur public et privé sont loin d'être une innovation.

a. le Grand Siècle :

C'est au début du XVIIIème siècle que deux importants contrats sont créés en France dans le domaine du pavage des rues de Paris et de l'enlèvement des ordures ménagères.

¹⁹ Institut de la Gestion Délégée, *Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures*, Proposition de solutions, Rpport du groupe de travail, av 1999, P. 5

²⁰ P. LIGNIERES, *Partenariats public-privés*, 2^{ème} éd. Litec, p. 44

²¹ Xavier BEZANCON, *Les contrats de partenariat, est-ce vraiment nouveau*, La Revue du Trésor préc. P 195

Ces contrats ont pu être créés sur la base d'un service public confié à une personne privée capable d'en répondre pendant une vingtaine d'années contre un paiement effectué par le roi lui-même. Ces contrats furent exécutés avec succès et ceux de pavage se poursuivirent jusqu'en 1830 par successions de baux décennaux régulièrement mis en adjudication.

Colbert pose un principe général dans une circulaire aux intendants du 10 décembre 1669 :

« Monsieur, étant important pour la commodité publique et la facilité du commerce, que les ponts et chaussées et tous les grands chemins de chaque généralité du royaume soient toujours en bon état, je vous prie de passer promptement des marchés pour l'entretien des ouvrages nouvellement faits dans votre département, et d'observer avec soin à l'avenir de ne faire aucun marché pour le rétablissement des ouvrages desdits ponts et chaussées que vous n'obligiez en même temps les entrepreneurs à se charger de les entretenir pendant huit ou dix années, en leur donnant par chacun an la somme que vous croirez raisonnable pour les y engager, de laquelle je ferai ensuite le fonds. »

Parmi les innombrables contrats de ce type signés au XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, citons :

- les grandes routes rayonnant autour de Paris
- les contrats signés par la Ville de Paris dans les années 1660 avec des particuliers pour construire et entretenir des machines élévatoires des eaux sur les ponts de Paris afin d'alimenter les fontaines publiques
- les ponts et les entrées de plusieurs grandes villes
- une partie de la construction du canal du Midi, etc...

Ce contrat de construction et d'entretien confiant à un entrepreneur le soin de financer, d'exécuter les travaux et d'assurer la police administrative et l'entretien de l'ouvrage est tellement utilisé « *qu'il passe les temps perturbés de la Révolution et de l'Empire et devient source principale des cahiers de charges types de marchés de travaux publics dans les années 1810, qui comprenait obligatoirement une période d'entretien de 6 à 10 ans par le constructeur* »²².

Ce sont les techniques de « macadémisation » qui mirent fin à ce contrat d'entretien lié aux marchés de travaux.

b. un élément moteur dans l'économie de la révolution industrielle

Le très grand développement des contrats de concession dans la seconde partie du XIX^{ème} siècle remet en lumière ce type de contrat dans les aménagements urbains, l'assainissement et les chemins de fer.

Les 42 concessions signées par Hausmann pour la réalisation des boulevards et rues de Paris comprenaient deux parties :

- l'une pour la réalisation des travaux de voirie (égouts, adduction d'eau et de gaz, voirie et trottoirs)
- l'autre pour la réalisation des immeubles de long des voies publiques nouvellement exécutées.

²² X. BEZANCON préc.

D'une façon générale, les concessions à paiement public ou à co-paiement publics rentraient parfaitement dans les modes usuels de contrats publics à cette époque.

La Tour Eiffel choisie après un concours concepteur-constructeur fut exécutées sous forme d'un contrat de concession de 20 ans financé selon les prévisions initiales pour 2/5 par l'Etat.

Aussi est-ce naturellement que la ville de Marseille décida de signer en 1890 un contrat de concession, de 50 ans confiant à un investisseur le soin de préfinancer , de réaliser et d'entretenir les égouts de la ville.

Le doublement des voies de chemins de fer fut également exécuté dans les années 1875 à 1883 par ce même procédé.

Comme le retrace X. BEZANCON, le droit administratif français connaît donc une forme de partenariat public-privé de longue date, au travers de la concession.

c. La genèse récente du Partenariat Public Privé face à un modèle en crise:

Le modèle des « concessions à la française » est aujourd'hui en crise.

Les récentes jurisprudences relatives au stade de France, au périphérique à péage lyonnais (TEO) ou à l'autoroute A86 ont pu avoir un impact négatif sur les promoteurs de projets d'infrastructures.

En outre, la France est dotée d'un droit public souvent considéré par les intervenants étrangers comme « *archaïque, rigide et surtout peu transparent* ».

« La législation instable des marchés publics, la question lancinante du champ d'application de la loi Sapin ou des questions pointilleuses de nature procédurales concernant l'octroi des délégations de service public, les limitations posées par le droit de la domanialité publique quant à la possibilité d'octroyer des garanties, les risques fréquents de gestion de fait, la cadre contraignant et incertain du contrôle de légalité et le manque de volonté politique d'engager des partenariats public-privé (forte culture d'interventionnisme direct) sont autant de freins à la réalisation de projets ²³».

Nous allons voir à présent l'évolution récente des contrats de partenariat public-privé qui a amené ensuite le gouvernement à adopter l'ordonnance du 17 juin 2004.

Un précédent aux Contrats de Partenariat : le marché d'entreprise de travaux public (METP)

L'expression et le régime de « marché d'entreprise de travaux publics » (METP) sont d'origines exclusivement jurisprudentielles²⁴.

Cette notion désignait un contrat de longue durée par lequel une collectivité publique confiait à un cocontractant unique la construction d'un ouvrage et son exploitation, moyennant une rémunération forfaitaire versée de manière fractionnée par la collectivité.

Cette forme de contrat qui existait de façon un peu confidentielle et sans toujours être dénommée expressément, a suscité un regain d'intérêt au début des années 1990.

« Elle n'a malheureusement pas été à l'abri de dévoiements quand la région Ile-de France a conclu des contrats expressément dénommés METP en vue de

²³ P. LIGNIERES préc. P 44.

²⁴ CE 11 décembre 1963 « Ville de Colombes », Rec. Lebon p 612.

²⁵
réhabiliter ses lycées ²⁵ ». Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il entendu y mettre un coup d'arrêt par sa décision « *Préfet des Bouches du Rhône c/ commune de la Ciotat* »
²⁶ »

Il a alors qualifié les METP de marchés publics, les soumettant au code des marchés publics.

Or, le code des marchés publics a toujours prohibé toute clause de paiement différé, rendant par là ce type de montage sans intérêt.

En outre, lorsqu'ils concernent la construction d'ouvrages publics, les METP se heurtaient aux dispositions de la loi « MOP²⁷ ». Son article 7 impose en effet la séparation de la mission de conception de celle de construction et donc obligatoirement impose l'attribution de ces missions par deux marchés séparés.

Cet arrêt marquait alors « la mort » des METP.

Ainsi, on a préféré une solution radicale qui consistait à déclarer le METP illégal plutôt que de créer de façon prétorienne un régime juridique complet.

Cette solution ne fut pas neutre dans le choix du Gouvernement de légiférer à partir de 2002.

Besoin de contrats globaux alliant gestion domaniale et préfinancement d'infrastructure :

Parallèlement à l'utilisation des délégations de service publics, les années 1990 ont vu se développer des montages contractuels dans lesquels des organismes publics (collectivités mais aussi l'Etat) ont cherché à mobiliser financièrement leurs actifs immobiliers pour réaliser des infrastructures nécessaires à des services publics pour lesquels il n'est pas possible de faire contribuer financièrement les usagers²⁸.

Dans les années 1980/1990, le traitement juridique de ce besoin a beaucoup évolué. Les pouvoirs publics ont semblé hésiter entre une limitation drastique de ces pratiques, « *au nom d'une certaine conception de la prudence et de la transparence* »²⁹, et des assouplissements ponctuels.

La jurisprudence a commencé à en restreindre le champ, en interdisant notamment la pratique des baux emphytéotiques et plus généralement des droits réels sur le domaine public, ainsi que de clause prévoyant à l'avance et de façon automatique les modalités de substitution, notamment pour les bailleurs de fonds³⁰.

Le Bail emphytéotique administratif (BEA) a été institué au profit des seules collectivités locales et de leur établissement public³¹.

²⁵ B. DU MARAIS, *la genèse des contrats de partenariat du point de vue des innovations apportées par l'ordonnance du 17 juin 2004*, *La Revue du Trésor*, N° spécial PPP de Juin 2007, p 200

²⁶ CE 8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône C/ Cne de la Ciotat*, Rec. Lebon p. 364

²⁷ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique.

²⁸ P. TERNEYRE, *Les montages contractuels complexes*, AJDA ; 1994 N° spécial

²⁹ B. Du MARAIS, préc.

³⁰ CE 6 mai 1985, *Association Eurolat et crédit foncier de France*, Rec. Lebon p 141

³¹ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 avec la décision du CC n°94-346 du 21 juillet 1994

Cependant les possibilités ouvertes seulement pour l'Etat et ses établissements publics, sont conçues de façon restrictive.

De plus, la jurisprudence est venue assouplir les principes fixés par la loi MOP.

Elle a ainsi reconnu la possibilité pour la collectivité publique de ne pas être qualifiée de maître d'ouvrage même si elle donne un mandat de conception et de construction dès lors qu'elle n'est pas juridiquement propriétaire du bien construit³².

Certes des assouplissements ont permis de réaliser des opérations, cependant « *comme l'a montré précédemment le METP, une bonne jurisprudence ne fait pas nécessairement un régime juridique complet* »³³.

D'autant plus qu'avec la montée en puissance du droit communautaire des marchés publics, ces constructions jurisprudentielles étaient fragilisées par la problématique d'une mise en concurrence régulière.

Ainsi, la VEFA (vente en l'état futur d'achèvement) a pu être qualifiée de marché public³⁴.

En outre, l'enjeu d'une exacte qualification de chacune de ces opérations était décuplé avec la pénalisation du droit de la commande publique et l'introduction au début des années 1990 du délit de favoritisme.

Dans son article B. Du Marais fait la conclusion suivante : « *solutions complexes, voire isolées, risque majeur à titre personnel, un rapide calcul d'espérance mathématique incitait donc les décideurs publics à la prudence, voire à l'immobilisme* ».

L'évolution récente des contrats publics : vers un « empilement » de contrats spécifiques

Fort de ces constats³⁵,

- besoin constant des collectivités de disposer d'un instrument de ppp de type « marché concessif » malgré l'annulation des METP

- faiblesse des finances publiques

- frilosité des décideurs publics à utiliser des solutions risquées...

le gouvernement issu des élections de 2002 n'avait guère d'autres solutions que de légiférer.

Quatre textes se sont donc succédés pour permettre l'intervention d'opérateurs externes dans la fourniture des services publics.

L'article 3 de la loi d'Orientation et de Programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 Août 2002 :

Par dérogation aux dispositions de la loi MOP de 1985, l'Etat peut confier à une personne publique ou privée, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationale.

³² CE 25 février 1994 SOFAP Marignan immobilier, Rec. Lebon p. 94

³³ B. Du MARAIS, Préc.

³⁴ CE, Sect. 8 Février 1991, Région Midi-Pyrénées c/Syndicat de l'architecture de la Haute Garonne, 57679

³⁵ B. Du Marais, Article Préc.

L'Exécution de cette mission résulte d'un marché unique passé entre l'Etat et une entreprise privée ou publique, ou leur groupement, en suivant les procédures prévues par le Code des marchés Publics.

Ce texte ouvre en outre dans ce secteur, ainsi que pour les besoins de la justice, la possibilité pour l'Etat de recourir au crédit-bail et à la location avec option d'achat combinée avec une autorisation domaniale³⁶.

Enfin ce texte élargissait la possibilité pour les collectivités locales, et jusqu'au 31 décembre 2007, le champ d'application du BEA pour des opérations immobilières concernant la police, la gendarmerie et la justice, alors même que ces domaines restent la compétence de l'Etat.

L'article 3 de la loi d'Orientation et de Programmation pour la justice (LOPJ) du 9 Août 2002

Selon le même schéma, et par dérogation aux dispositions de la loi MOP, l'Etat peut confier à une personne ou à groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant également à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires.

L'ordonnance du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé.

Le texte prévoyait que par dérogation aux dispositions de la loi MOP, un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments.

Loi de programmation militaire n°2003-73 du 27 janvier 2003

Cette loi mentionne comme « *alternatives à l'acquisition patrimoniale* », la nécessité de rechercher des « *solutions innovantes* », allusion à peine voilée au ppp.

Ainsi, le gouvernement a conduit des réformes sectorielles qui ont permis de mettre en œuvre des financements privés dans les secteurs de la sécurité et de la justice, hospitalier et de la défense.

Ces schémas, basés sur des montages complexes, critiquables du fait de leur manque de transparence, ont créé une « *mosaïque confuse* » de textes, malgré la volonté affichée de simplifier le droit.

A l'heure actuelle, du fait de l'ordonnance du 17 juin 2004, ces montages n'ont plus aucune justification rationnelle.

L'analyse comparative souligne en effet que les contrats de partenariat s'inscrivent à la fois dans la continuité et en rupture avec le droit de la commande publique :

- continuité, car leur création est le signe de la relance des investissements privés dans les projets publics,
- rupture, du fait des importantes dérogations qu'ils introduisent au regard du droit de la commande et de la domanialité publiques.

³⁶ Régime dit de l'AOT-BEA

C) Les innovations apportées par l'Ordonnance du 17 juin 2004

L'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat est donc l'aboutissement d'un mouvement de réforme.

Le processus d'adoption de cette ordonnance a été long et chaotique et il relève l'ampleur des oppositions à ce texte.

Les éléments qui vont suivre permettent d'appréhender le processus d'adoption et les difficultés auxquelles il s'est heurté.

a. Présentation des options retenues dans la loi d'habilitation de 2003 :

La loi « *habilitant le gouvernement à simplifier le droit* »³⁷ avait une triple finalité :

- modifier la loi MOP
- créer de nouvelles formes de contrats qui ne soient ni des marchés publics, ni des délégations de services publics³⁸
- étendre les dispositions de la loi LOPSI et LOPJI.

L'article 6 de ladite loi dispose ainsi que :

« Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions. Ces dispositions déterminent les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public. Elles peuvent étendre et adapter les dispositions prévues au I de l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat et aux articles L. 1311-2 et L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales à d'autres besoins ainsi qu'à d'autres personnes publiques. Elles prévoient les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article ».

L'initiative du gouvernement français a été appréciée car elle comblait une lacune du droit français en sortant de l'alternative marché public/délégation de service public.

Une nouvelle forme de contrat devait ainsi permettre la mise en place de contrats globaux dans lesquels l'entreprise sera rémunérée par la collectivité publique.

Cette loi a fait l'objet d'une large concertation qui tout en s'avérant très utile, a comporté des inconvénients.

³⁷ Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003

³⁸ E. DELACOUR, « lifting » du régime de la commande publique et « nouveau look » juridique pour le ppp : Contrat-marché publics, 2003, Comm.v143

Ainsi cette concertation a entraîné d'intenses actions de lobbying de la part des représentants des entreprises, notamment du BTP, des banques, des PME, des maîtres d'œuvre mais aussi des politiques, élus locaux ou nationaux.

Des discours assez différents ont fait jour au sein de ces différents acteurs et nombreux sont ceux qui ont critiqué le principe du contrat global.

b. Critiques des options retenues dans la loi portant sur le principe d'une nouvelle catégorie de contrats :

En créant une nouvelle catégorie de contrat, la loi d'habilitation dont l'objet était de simplifier le droit, le rend en fait plus complexe.

Certaines raisons avaient toutefois été invoquées pour justifier le choix en faveur d'une nouvelle catégorie de contrat :

- Les entreprises ont fait valoir qu'elles ne souhaitent pas modifier le régime de la délégation de services publics car elles considèrent que le régime actuel issu de la loi Sapin a atteint un équilibre satisfaisant.

- le MINEFI semblait s'être rallié à cette thèse : « *plutôt que de déstabiliser les contrats existants en intervenant sur leur régime juridique, il paraît plus pragmatique et responsabilisant d'offrir de nouveaux outils contractuels adaptés à des modes de gestion innovants* »³⁹

Finalement, pour des raisons politiques, il semblait difficile de revenir sur le principe de l'interdiction des paiements différés, sur la question de l'allotissement et sur la loi MOP sans soulever de vives oppositions.

En outre, la création d'un nouveau contrat pouvait permettre de développer l'idée selon laquelle « *il ne s'agissait pas de remettre en cause des situations acquises, mais de développer un contrat nouveau pour des projets nouveaux* »⁴⁰.

En ce sens, le MINEFI avait noté dans son texte de présentation du projet :

« *L'objectif poursuivi est en particulier d'éviter toute difficulté ou incertitude en termes de frontières avec les marchés publics et les délégations de service public : lorsqu'un projet répond à la définition du marché ou de la délégation telle que prévue par les textes, l'ordonnance relative aux ppp ne s'appliquera pas : il s'agit bien de permettre la réalisation de projets nouveaux et non de détourner les règles existantes.* »

La justification du choix en faveur du nouveau contrat relève ainsi d'abord de considérations d'ordre politique. Toutefois, du point de vue juridique, la création d'une nouvelle catégorie manque de cohérence.

c. Critiques liées au concept de partenariat public-privé :

Les politiques ont pu percevoir le contrat global comme une forme de dépossession, comme un obstacle à leur liberté de décider « *étape par étape, morceau par morceau, de ce qu'il convient de faire, des conditions dans lesquelles il faut rectifier, ce sur quoi on s'est engagé, etc...* »⁴¹

³⁹ www.ppp.minefi.gouv.fr

⁴⁰ P. LIGNIERES préc. P 50

⁴¹ Lucien RAPP, Aux origines du contrat de partenariat, Actes du colloque 2 et 3 juin 2005 préc.

En outre, selon les opposants, seules les grandes entreprises de BTP auraient la possibilité de se porter candidat aux appels d'offres portant sur les contrats globaux et les PME seraient alors réduites à une fonction de sous-traitance.

De même, ces nouveaux contrats pourraient instaurer un lien de dépendance du maître d'ouvrage public face à une concurrence restreinte de quelques grands groupes.

De surcroît, la qualité des ouvrages serait menacée par l'absence d'un contrôle probant des ouvrages par les maîtres d'œuvre indépendants.

Enfin, ces contrats n'ont pas manqué de soulever des critiques identiques à celles qui ont frappé les METP :

« Création d'un endettement indirect non enregistré dans les comptes de la collectivité et plus onéreux qu'un endettement public direct, mauvaise répartition des risques de l'exploitation, instrument de soutien aux grands groupes ayant seules les capacités de financement nécessaires pour ce type d'ouvrages et véhicules de la corruption ⁴² ».

La « prise en charge » de la question du ppp par l'appareil gouvernemental se fait dans des conditions un peu délicates mais, à certains égards aussi favorables parce que la réflexion a été intense.

A partir du printemps 2003, c'est un lourd travail d'élaboration de l'ordonnance qui s'est engagé, notamment de la part du MINEFI.

Ce travail s'est ensuite prolongé au Conseil d'Etat et au Conseil Constitutionnel qui se sont « emparés » de ces contrats.

En effet, nous verrons dans la suite de notre développement en quoi ces institutions se sont engagées et comment elles ont pu donner un cadre au gouvernement pour l'élaboration de l'ordonnance.

Nous allons voir à présent les raisons socio-culturelles qui montrent en quoi le texte de cette ordonnance était nécessaire. En outre, ces éléments justifient en quoi le développement de ces contrats de partenariat était souhaitable.

II) La réunion de différents facteurs Socio-culturels

En réaction à une crise des finances publiques et de l'Etat-providence, les Etats ont entamé une réforme de leurs modes de gestion.

Cette réforme se traduit par les approches clientèles, le développement du marketing public et les démarches qualité.

Ainsi, l'accent est mis sur les résultats, l'évaluation de la performance, les politiques de déconcentration et l'assouplissement des procédures.

La décentralisation et le recours aux satellites privés (associations, SEM...) en sont les points de repère.

A propos de cette « révolution économique et culturelle », le Professeur Lucien RAPP⁴³ nous apporte à ce propos des éclairages précieux.

⁴² P. Lignieres p 51 S

⁴³ Lucien RAPP, préc.

L'auteur décrit l'importance de trois éléments qui participent à créer un nouveau contexte et de nouvelles orientations de l'action publique.

A) Premier élément : le vieillissement de la population :

« Jamais autant que de nos jours, dans l'Histoire de notre pays, le besoin d'investissements publics n'a atteint un tel niveau ».

Nous vivons en effet aujourd'hui, en Europe principalement, les conséquences économiques d'un événement démographique majeur : *le vieillissement de la population*.

Les conséquences se manifestent par un besoin accru d'investissements dans les systèmes de protection sociale et surtout, dans les structures d'accueil, hospitalières ou privées.

Sera-t-on alors surpris d'apprendre que le pays d'Europe qui passe pour être le plus libéral, est aussi celui qui a le plus investi dans ces services publics au cours des dix dernières années ?

Ce sont ainsi des sommes en augmentation de plus de 69 % qui ont été injectées dans les transports par le Trésor britannique, de plus de 99% dans l'éducation, de plus de 140% dans les services de santé.

« Mais est-ce une coïncidence, si la Grande-Bretagne est aussi le pays d'Europe qui, le premier, a, depuis plus de 10 ans maintenant, introduit le ppp dans son système juridique ? »

Lucien RAPP rajoute à ce propos que nous sommes rentrés dans *« l'économie de la connaissance »* qui offre aux vieilles nations, le bénéfice d'un avantage comparatif non négligeable sur les plus jeunes dans le commerce mondial.

En effet, elle implique, à son tour, un investissement considérable dans les infrastructures de communication haut débit, dans la numérisation des contenus : investissement public pour l'essentiel.

D'autre part, nous appartenons à des sociétés de plus en plus *« ouvertes, métissées ou encore « multiculturelles »*.

« Le risque existe que des communautés se constituent et s'affrontent sur le territoire national ».

Il faut dès lors impérativement investir dans des politiques d'intégration, qui justifient la mise en place de nombreux équipements publics, notamment dans le domaine de la culture et de l'éducation, et peut être aussi, dans la sécurité intérieure et dans la justice, trop longtemps négligées.

B) Les capacités d'initiative des Etats et des Collectivités de plus en plus limitées :

« Deuxième élément : jamais autant aujourd'hui, les Etats et les collectivités décentralisées, n'ont mesuré à ce point les limites de leurs capacités d'initiative. »

Le niveau annuel de la commande publique est en nette diminution depuis quelques années et le niveau de l'endettement public est, quant à lui, devenu inquiétant.

Il fait peser sur chaque français une somme quotidienne de 35 € consacré au remboursement de la dette publique.

En outre, un rapport du gouvernement préparatoire au DOB 2002 faisait la conclusion suivante :

« Pour dégager des marges de manœuvre pour l'action publique et se préparer au futur choc démographique, on peut estimer qu'il conviendrait d'effacer progressivement le triplement du poids de la dette publique dans le PIB intervenu depuis 1980, et le ramener à 20 points de PIB à l'horizon 2020. Ce schéma suppose l'équilibre des finances publiques à partir de 2004 ».

Or en tenant compte d'un report possible de l'échéance du retour à l'équilibre de nos finances publiques, ainsi que des accidents de conjoncture qui pourraient survenir sur la période, l'horizon pour le retour du poids de la dette à 20 points du PIB se situe davantage en 2030 qu'en 2025⁴⁴.

Cet endettement accable désormais l'indépendance économique de la France, du moins les capacités de développement des générations.

Lucien RAPP rajoute en outre que ce sont non seulement les capacités financières qui sont réduites mais également les capacités techniques : *« la gestion des grands services publics est devenue trop sérieuse pour relever exclusivement de l'administration. »*

En effet, un réseau d'éclairage public par exemple, englobe la mise en valeur des bâtiments publics (« l'architecture lumière »), sa maintenance...

De même, concernant les usines d'incinération des ordures ménagères, la gestion d'une ferme d'éoliennes, les opérations de transports publics routiers ou ferroviaire, leur installation, leur gestion et leur contrôle dépassent à l'évidence les ressources d'une ou même de plusieurs collectivités territoriales.

C) l'accumulation de réserves financières :

« Troisième élément : jamais autant qu'aujourd'hui, l'on a observé l'accumulation de telles réserves financières, sous la forme de volumes massifs de capitaux, immédiatement disponibles pour financer des investissements ».

Le montant de ces réserves financières s'élèverait, toutes sources confondues, à la somme de 16 000 milliards de dollar, soit la taille de l'économie américaine.

Les causes de ce phénomène sont nombreuses :

1. les pays pétroliers gagnent beaucoup plus d'argent qu'ils n'en ont besoin pour investir
2. les multinationales perçoivent beaucoup plus qu'elles ne dépensent et elles rachètent leurs propres actions ou accumulent des réserves.
3. La Chine reçoit de ses exportations plus qu'elle n'investit
4. Au Japon ou en Allemagne, et dans une moindre mesure en France également, le vieillissement des populations incite à grossir l'épargne.
5. Le montant des réserves accumulées sous forme d'assurance-vie s'élèverait quant à lui à la somme de 1000 milliards d'euros.

« Toutes ces causes s'ajoutent les unes aux autres et provoquent l'apparition de bulles »

Les banques et les institutions financières gèrent ainsi des masses importantes de liquidités.

Après avoir évoqué ces différents facteurs, Lucien Rapp fait la conclusion suivante :

« Dans son essence, le ppp vise à détourner tout ou partie de ces immenses

⁴⁴ www.senat.fr , L'étude sur la dette publique 1996-2000, ses contreparties et ses perspectives d'avenir.

réerves financières, nationales ou internationales, pour les intéresser au financement d'investissements publics de première nécessité ».

Ces différents éléments permettent de comprendre pourquoi on associe souvent les ppp à une remise en question du service public et à un désengagement de l'Etat par rapport à ses missions et à ses modes traditionnels d'intervention.

Lors de l'installation de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPP), Thierry Breton, alors Ministre de l'Economie et des Finances, avait indiqué que les contrats de partenariat constituaient, à ses yeux, *"un accélérateur de croissance de l'économie et de modernisation de l'Etat et des collectivités locales"*.

Ce projet a été porté par quatre ministres des Finances successifs, ce qui démontre une réelle volonté politique de le mener à son terme.

Compromis entre une privatisation totale et le monopole de l'Etat dans les services publics, les ppp mettent en relation des partenariats aux objectifs et aux stratégies plus ou moins contradictoires.

Cependant, les pratiques de gestion liées aux ppp ne doivent pas mettre en cause la préservation de l'intérêt public.

Pour cela, différents acteurs accordent une attention particulière à la bonne mise en œuvre de ces contrats globaux et c'est en partie grâce à eux que les ppp peuvent gagner en légitimité.

L'étude de ces différents acteurs fait l'objet de la partie suivante.

III) Les acteurs en présence

On ne peut évoquer les problématiques des ppp sans évoquer la vocation et l'activité des organismes experts au service des utilisateurs de ce nouvel outil contractuel.

On évoquera aussi le rôle du Conseil Constitutionnel qui fut très importants dans le processus d'élaboration de l'ordonnance.

Enfin, nous verrons en quoi le ppp a favorisé un modèle nouveau d'équipes-projet.

A) La présence d'organismes experts : Rôle de la MAPPP

Cette structure, avait souligné le ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie, Thierry Breton, va :

"Mettre son expertise et ses conseils au service de l'ensemble des collectivités publiques, pour promouvoir et faciliter des projets innovants".

a. Sa création :

Créée par décret n°2004-1119 du 19 octobre 2004 en application de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 instituant les contrats de partenariat, la « Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat » (MAPPP) a été installée le 27 mai 2005, par le ministre de l'Economie des Finances et de l'Industrie, à qui elle est rattachée.

b. Ses missions :

Note du titre⁴⁵

La mission a pour vocation première d'apporter un appui méthodologique dans la **préparation** des contrats de partenariat : elle peut à ce titre rendre une expertise sur l'économie générale de l'opération et aider la personne publique porteuse du projet à procéder à l'étude d'évaluation requise.

La mission apporte également un concours sur la **négociation** des contrats dans le cadre de l'élaboration des projets. Elle développe à cet effet des recommandations pratiques, sans pour autant qu'une standardisation en contrats-types soit envisagée. Le guide pratique « Les contrats de partenariats – Principes et méthodes » publié aujourd'hui comporte déjà une première série de lignes directrices pour la passation des contrats.

La mission assure le **suivi** des contrats et peut, sur la base du retour d'expérience sur les nouveaux contrats, proposer des évolutions de la réglementation en vigueur. La mission s'appuie notamment sur un Comité d'orientation consultatif, composé de 37 membres, qui regroupe l'ensemble des acteurs institutionnels et professionnels intéressés au développement des partenariats. Ce comité est chargé de proposer des thèmes d'analyse et de valider le rapport annuel élaboré par la mission.

Enfin, la MAPPP valide les projets de contrats de partenariat proposés par les administrations de l'Etat ou ses établissements publics (à l'exception de la Défense qui dispose de son propre organisme expert), mais n'a qu'un rôle consultatif pour les collectivités territoriales.

A ce titre, la mission entend se positionner comme appui aux décideurs locaux le plus en amont possible de la procédure et être en mesure de les accompagner comme ils le souhaitent sans toutefois se substituer à leurs conseils.

Dans ce dernier cas, son intervention peut cependant déboucher à leur demande transmise sous couvert du préfet, sur un avis formalisé.

Son avis est une condition nécessaire, mais non suffisante, à l'engagement d'une procédure de contrat de partenariat, celui-ci ne pouvant être signé par l'Etat ou ses établissements publics dotés d'un comptable public qu'après accord du Ministre chargé de l'Economie.

A cet effet, la décision finale de la MAPPP, qu'elle soit favorable ou non, doit être motivée et détaillée de façon qu'il soit aisé d'en suivre le cheminement et d'en comprendre les raisons.

« la MAPPP considère en effet qu'il est préférable d'écarter un projet incertain plutôt que de le valider lorsqu'il ne correspond pas pleinement aux critères posés par l'ordonnance »⁴⁶.

La compétence de la mission s'étend à l'ensemble des contrats complexes ou comportant un financement innovant dont elle peut être saisie, pour avis, par le ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie.

La mission se fixe pour règle de *« travailler en liaison étroite avec l'ensemble des intéressés et souhaite pouvoir être impliquée le plus en amont possible dans la définition du projet, pour une évaluation préalable mieux ciblée et plus efficace ».*

c. Sa composition :

⁴⁵ Voir le site de la MAPPP www.ppp.minefi.gouv.fr

⁴⁶ Noël de SAINT-PULGENT, la MAPPP au service des utilisateurs de ce nouvel outil contractuel, la Revue du Trésor préc.

L'équipe de la mission d'appui rassemble, à terme, une demi-douzaine d'experts, venus de différents horizons du secteur public, mais ayant en commun une expérience professionnelle variée, incluant des passages en entreprise ou au sein d'institutions financières.

Elle compte à ce jour sept personnes, autour de son président Noël de SAINT-PULGENT

Par ailleurs, il nous apparaît important de mentionner d'autres organismes « experts » : la mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH⁴⁷) pour le Ministère de la Santé et l'agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du Ministère de la Justice (AMOTJ).

B) Les « garde-fous » apportés par la décision du Conseil Constitutionnel⁴⁸ : des conditions qui limitent la généralisation du contrat de partenariat :

a. Les limites apportées par Le Conseil Constitutionnel : des conditions qui limitent sa généralisation

La loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 « *habilitant le gouvernement à simplifier le droit* » a été déférée au Conseil constitutionnel par l'opposition parlementaire.

Celui-ci a jugé le texte conforme à la constitution, mais il a posé des conditions de recours au ppp afin « *d'en contenir la généralisation* »⁴⁹.

Le Conseil Constitutionnel a d'abord rappelé⁵⁰ :

« qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel »

Toutefois, dans le même considérant, le Conseil relève que :

« la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »

Enfin le Conseil conclut que :

« dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir

⁴⁷ <http://www.mainh.sante.gouv.fr>

⁴⁸ CC 26 juin 2003, N° 2003-473 DC, JO 3 juillet 2003, p. 11205

⁴⁹ P. LIGNIERE, préc. P 51

⁵⁰ Considérant 18.

compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »

Le Conseil Constitutionnel confirme donc que le ppp est une dérogation qui doit être justifiée.

Les hypothèses de justification sont :

- d'une part « *l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable* »

Comme le note l'Institut de la Gestion Déléguée⁵¹, « *l'urgence doit être objective et ne doit pas résulter a priori du fait de l'administration* ».

Autrement dit, les personnes publiques ne sauraient alléguer l'urgence lorsque le retard en cause résulte de leur seule carence à agir

Le Conseil d'État a pu préciser la condition d'urgence lorsqu'il a été saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat⁵² : l'urgence propre à justifier le recours aux Contrats de Partenariat « *résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs* ».

Le Conseil d'État pose le principe d'une appréciation locale des circonstances de l'urgence.

- d'autre part, « *la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

L'Institut de la Gestion Déléguée relève qu'« *un projet est complexe lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir elle-même les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ».

Les auteurs s'accordent en l'état sur cette définition de la complexité.

Plus précisément, la complexité du projet, « condition objective », pourra « prendre des formes très variées pouvant inclure l'incapacité de la personne publique à dégager les solutions techniques répondant à ses besoins ou l'inaptitude de la collectivité à formuler une solution de financement ou un montage juridique permettant de structurer les réponses à ses besoins.

***La complexité pourra dans ces conditions être liée à l'absence de précédent, à la technicité caractérisant le projet (haute technologie...) ou encore à la diversité des éléments composant le projet*⁵³».**

Il résulte de la décision du Conseil Constitutionnel que le contrat de partenariat public-privé est une dérogation au droit de la commande publique et qu'il doit toujours être justifié par la complexité de l'opération ou son urgence.

⁵¹ IGD, Le financement des PPP en France. Rapport du Groupe des banques et organismes financiers membres de l'IGD

⁵² CE, Sect., 27 octobre 2004, M. Sueur et autres, n° 269814, v. considérant n° 10

⁵³ **L. Deruy, S. Lagumina, L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique, «BJCP», n° 36, p.**

348-3612005

Par ailleurs, le Conseil a rappelé que l'article 6 de la loi déferée ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté⁵⁴.

Cette décision a donné lieu à de nombreux commentaires, le plus souvent critiques du fait de son manque de clarté⁵⁵.

Cependant, cette décision a eu le mérite de soulever un tabou majeur en matière de commande publique, et plus généralement, de la vie politique française : la question de la corruption.

b. La question de la corruption fait irruption :

Comme on l'a vu, le Conseil Constitutionnel réduit considérablement le champ d'application du nouveau contrat.

Il limite l'emploi du ppp à des situations d'urgence et de complexité.

En effet, la généralisation de ce type de montage est contraire à trois principes de nature constitutionnelle :

- l'égalité devant la commande publique
- la protection des propriétés publiques
- le « bon usage des deniers publics », ce qui constitue une innovation.

Il faut cependant relever quelques contradictions dans cette décision. Certains auteurs⁵⁶ ont pu résumer cette décision comme étant motivée par :

- la recherche de l'efficacité économique ;
- la défense des PME ;
- la lutte contre la corruption ;

La lutte contre la corruption anima en effet une partie du débat public pendant l'adoption de la loi d'habilitation. Cependant, le juge constitutionnel a pu satisfaire cette réserve en retenant le dispositif de l'obligation de l'évaluation préalable que nous étudierons précisément plus loin.

L'évaluation a pour but d'objectiver le choix de la collectivité et de démontrer que le recours aux ppp dégage un surplus suffisant (« la value for money »).

Les auteurs de l'ordonnance en ont fait une condition permettant de démontrer que le contrat de partenariat satisfait aux critères émis par la décision du Conseil précitée.

En vertu de la loi d'habilitation, le Gouvernement a pris l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, dont la légalité a été confirmée par une décision du Conseil d'Etat⁵⁷, après le rejet d'une procédure devant le juge des référés administratif.

L'ordonnance fut définitivement ratifiée par une loi que le Conseil constitutionnel a déclaré comme conforme à la Constitution.

⁵⁴ Considérant 19

⁵⁵ Voir M-C de MONTECLER, Le oui nuancé du Conseil Constitutionnel au contrat de partenariat public-privé, AJDA 2003, P. 1302 E. FATOME, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJA 2003 P. 1404

⁵⁶ Voir la note de J-E SHOETTI, AJDA 2003 p 345

⁵⁷ CE 29 octobre 2004, M. SUEUR et autres req. 269814

Ainsi se terminait le cycle particulièrement long et conflictuel de la mise en œuvre de l'habilitation originelle.

Pendant ce temps, Outre-manche, le gouvernement travailliste de Tony Blair faisait des PPP son cheval de bataille.

« Depuis 1997, les IFP représentent environ 20 % des investissements publics en Grande-Bretagne, mais en réalité, la quasi-totalité du financement des nouvelles écoles et des nouveaux hôpitaux. En outre, d'ici 2010, on prévoit de construire⁵⁸ par ce moyen une centaine d'établissements hospitaliers ».

L'exemple britannique est aujourd'hui une référence pour les tenants de l'option PPP. Cependant l'expérience britannique nous apporte un éclairage très intéressant quant aux dérives de ce mode de gestion et d'organisation des services publics.

Cette expérience est riche d'enseignements et permet ainsi de remettre en question un certain nombre de dogmes présents au sein de la doctrine française qui consiste à louer le principe même des PPP.

Or du fait d'une controverse politique de plus en plus présente et du fait de l'expérience des PPP dans le secteur de la santé, nous allons comprendre quelles sont les dangers de contrats de partenariat public-privé mal-conçus.

CHAPITRE II : le « stimulus » britannique et les dérives avérées :

Afin d'étudier l'exemple britannique, nous avons donc tout naturellement choisi de donner la parole à des chercheurs du Royaume-Uni.

Ainsi, la revue de droit comparé « *Télescope* », de l'Ecole Nationale de l'Administration Publique québécoise (ENAP), nous apporte un éclairage général mais aussi touchant le secteur stratégique de la santé, sur la politique de Tony Blair.

A l'origine de cette politique, le discours officiel avançait trois raisons principales pour expliquer le succès d'estime des PPP en Grande-Bretagne.

- Tout d'abord des impératifs financiers : les PPP autorisent la réalisation d'opérations à moindre coût et entraînent un apport de capitaux.

- Ensuite des besoins en expertise : les PPP permettent de faire appel au savoir-faire du secteur privé et de bénéficier de sa meilleure connaissance du marché.

- Enfin un intérêt stratégique : les PPP offrent un moyen de soutenir les entreprises nationales par rapport à la concurrence.

Le contexte est effectivement très important : « *En 1997, en arrivant au pouvoir, les travaillistes héritent de trois décennies de sous-investissement dans les infrastructures et les actifs publics et d'un déficit de 27 milliards de livres.*⁵⁹ »

⁵⁸ Editorial du numéro 12, février 2005 de la revue *TELESCOPE*, université du Québec.

⁵⁹ Editorial de la revue *TELESCOPE* spécial PPP, Par Louis Côté, p 7.

Les initiatives de financement privé (IFP) apparaissent alors comme un moyen de pallier la faiblesse chronique des dépenses publiques consacrées au développement des services publics.

Le présent chapitre vise trois objectifs :

- Tout d'abord, il tente de clarifier la signification et l'importance des « partenariats public-privé » au Royaume-Uni (I).
- Ensuite, il examine la controverse politique entourant l'accroissement du rôle du secteur privé dans le financement et la prestation des services publics. (II)
- Enfin nous tenterons de faire une analyse plus approfondie des PPP présents dans un domaine particulièrement controversé à savoir le domaine de la santé (III)

I) Signification et importance des ppp au Royaume-Uni

L'arrivée des PFI comme mode de gestion des services publics britannique est né dans un contexte très particulier de raréfaction des ressources publiques (A).

Si ce mode de gestion est apparu dans un premier temps très attractif au regard du contexte de crise des finances publiques, il a vite soulevé la polémique au sein des groupes politiques et des citoyens (B)

A) Le niveau historiquement faible de dépenses publiques pour des services publics :

« Il est difficile d'évaluer cette expérience puisqu'il s'agit de l'un des volets les plus complexes et les moins transparents de la politique publique. Non seulement le manque de données publiquement accessibles sur les dépenses engagées dans les partenariats a compliqué l'estimation de l'importance des PPP dans les différents domaines de services publics, mais le partenariat public-privé demeure aussi un concept flou . »

Malgré ce déficit d'information dont l'auteur a pu souffrir, l'article de David Clarck est assez explicite quant aux conséquences des PFI sur les services publics britanniques.

L'Initiative de financement privé (IFP) est un vaste programme, mis sur pied en 1992 par le ministère des Finances du Royaume-Uni, pour « *encourager pratiquement tous les organismes du secteur public britannique à inviter le secteur privé à prendre une part plus active dans la construction d'infrastructures publiques et dans la prestation de services publics, et ce, en assumant les risques appropriés pour obtenir en retour des revenus étalés sur une période qui varie généralement entre 20 et 30 ans* ».

En termes simples, l'IFP est un « *programme selon lequel le secteur privé se charge de la conception, du financement et de l'exploitation d'infrastructures nécessaires à la prestation de services publics.* »⁶¹

Il existe une caractéristique assez particulière au Royaume-Uni, par rapport aux autres grands pays de l'Union Européenne tels que la France : le niveau historiquement faible

⁶⁰ David Clark Professeur, Social Research and Regeneration Unit, Université de Plymouth (UK), revue TELESCOPE p.31, les PPP au Royaume-Uni.

⁶¹ R. Thomas, 1997 Private Finance Initiative – government by contract », *European Public Law*, 3, 4, 519-525.

de dépenses publiques pour des services publics et une certaine négligence quant à l'investissement dans les infrastructures publiques.

Incontestablement, l'IFP est attrayante pour les ministres étant donné qu'elle permet de ne pas faire paraître les dépenses en immobilisations au bilan du secteur public et de répartir ces dépenses au bon moment.

En effet, les capitaux empruntés et les capitaux propres (actions) utilisés pour financer les projets de l'IFP sont remboursés à partir des recettes d'exploitation générées au fil du temps.

Ces recettes proviennent parfois des frais imposés aux usagers, comme dans le cas des projets de transport, mais généralement l'autorité publique verse au consortium privé, qui a rassemblé les fonds, des paiements réguliers pendant la durée de vie du contrat⁶².

Un projet d'IFP typique inclut :

1. le client du secteur public,
2. l'exploitant du secteur privé,
3. le bailleur de fonds,
4. l'entrepreneur en bâtiment
5. et des sous-traitants (des conseillers techniques, financiers et juridiques ainsi qu'une équipe de gestion des installations).

Le consortium privé établit ainsi une entreprise juridique indépendante appelée « société ad hoc ».

Les actionnaires de l'exploitant investissent des capitaux propres dans la société ad hoc, et le bailleur de fonds (une institution financière) finance le reste du coût.

La société ad hoc permet à l'exploitant et à l'entrepreneur de ne pas faire paraître la dette à leur bilan et de protéger ainsi leurs capitaux propres en cas de faillite. Cette société distincte soumissionne pour obtenir le contrat de l'IFP⁶³.

B) Des gains pour le secteur public mais aussi pour le privé, grâce aux « partenariats privés-privés »

Le secteur des services financiers constitue l'élément moteur du développement du « marché de l'IFP ».

« Au début de la mise en place de l'IFP, les investisseurs étaient principalement des entrepreneurs en construction et quelques banques. À mesure que le marché s'est établi, les banques ont assumé des rôles centraux nouveaux tels que conseillers financiers, investisseurs, prêteurs et émetteurs d'obligations⁶⁴ ».

Les investisseurs comptent maintenant des caisses de retraite, des fonds spécialisés dans le financement d'infrastructure et des compagnies d'assurances (Rutherford, 2003).

En outre, un nombre croissant d'institutions financières ont établi des partenariats stratégiques avec des entreprises de construction réputées.

⁶² Comme les contrats de partenariat français, sous forme de loyers

⁶³ J. Rutherford, 2003 PFI : The only show in town », *Soundings*, 24, 41-54.

⁶⁴ **David CLARCK préc.**

« En d'autres termes, l'IFP n'est pas seulement un partenariat entre les secteurs public et privé, mais aussi un partenariat au sein du secteur privé »⁶⁵.

Ainsi, ces « partenariats privé-privé » deviennent des entreprises autonomes qui utilisent les projets de l'IFP générateurs de recettes pour soumissionner pour de nouveaux projets.

« Une prise de conscience croissante du fait qu'il est possible de réaliser des gains en capital importants en participant à des projets de l'IFP est l'un des facteurs qui ont contribué à ébranler la confiance du public dans l'IFP »⁶⁶.

II) La controverse politique en matière de recours au privé pour le financement des services publics

Le fait que les *Public Finance Initiative* constituent une option lucrative pour les entreprises ont participé au développement d'une controverse mais d'autres facteurs sont venus se rajouter pour créer des doutes supplémentaires quant à l'optimisation des ressources dans les projets de l'IFP et à l'authenticité du transfert des risques au secteur privé.

A) Optimisation des ressources et transfert des risques, encore faut-il une justification valable :

Comme les gouvernements peuvent emprunter à des taux moins élevés que ceux consentis au secteur privé, le recours au financement privé doit être justifié.

Il est justifié « lorsqu'il permet d'accroître l'efficacité et l'optimisation des ressources dans la prestation des services publics ».

Selon les règlements de l'IFP, avant qu'un contrat ne soit signé, il doit être démontré que le projet offre une meilleure optimisation des ressources que celle des ententes de financement traditionnelles.

À cette fin, des calculs sont effectués grâce à un «comparateur du secteur public» (CSP) qui compare le coût de la soumission du secteur privé avec le coût ajusté en fonction des risques de la réalisation du projet par le secteur public.

Cependant, des critiques allèguent que les collectivités locales et les agences de santé (NHS), ont un intérêt à s'assurer que le « comparateur du secteur public » ait calculé de manière à produire un plan qui est supérieur à la soumission du secteur privé.

Certains auteurs les accusent même de connivence avec les représentants du gouvernement.⁶⁷

Les enquêtes que le Bureau national de la vérification (*National Audit Office*) et le « Comité des comptes publics » de la Chambre des Communes ont menées sur des projets de l'IFP qui se sont révélés des échecs, tels que le Bureau des passeports (*Passport Office*) et l'Agence des cotisations de la Sécurité sociale (*National Insurance Contributions Agency*), confirment la validité de ces critiques.

Voici un court extrait du rapport du Comité des comptes publics concernant l'optimisation des ressources de l'IFP.

⁶⁵ Walker, D. (2004b). « Contract sport », *Guardian Society*, 8 September, 14.

⁶⁶ David CLARCK préc.

⁶⁷ Rutherford, J. (2003). « PFI : The only show in town », *Soundings*, 24, 41-54.

«Pour justifier l'option IFP, les ministères (le gouvernement) ont trop fait référence aux comparateurs du secteur public (CSP).

Ces comparateurs ont souvent été utilisés de façon inappropriée comme test de réussite ou d'échec.

Ils ont reçu une précision douteuse qui n'est pas justifiée en raison des incertitudes intervenant dans leurs calculs ou ils ont été manipulés pour obtenir le résultat souhaité [...] Le contribuable ne tire pas toujours le meilleur des contrats de l'IFP parce que les bonnes pratiques d'approvisionnement ne sont pas suivies.

Nous avons observé des cas où la pression concurrentielle n'était pas maintenue, où il n'y avait qu'un seul soumissionnaire et où l'entrepreneur augmentait le prix une fois désigné soumissionnaire privilégié [...]

Les ministères sont trop empressés de tirer d'affaire les entrepreneurs qui, une fois engagés dans des projets de l'IFP, se trouvent en difficulté. Les entrepreneurs devraient s'attendre à perdre quand les choses vont mal tout comme ils s'attendent à gagner quand les projets sont des réussites.

*Les ministères doivent s'assurer que les contrats de l'IFP protègent la position du contribuable dans les cas où l'entrepreneur n'est plus en mesure de satisfaire les exigences du contrat [...] Le contribuable ne doit pas s'attendre à payer la note lorsqu'un projet connaît des difficultés*⁶⁸ . » [Transcription libre]

B) Des conditions d'emploi à deux vitesses ?

Cette critique est étroitement liée au syndicat de la fonction publique, « *Unison* »⁶⁹.

Unison soutient que l'efficacité revendiquée des contrats de l'IFP ne peut être garantie que par :

« L'impartition des emplois du secteur public vers le secteur privé, et que les économies en coûts de main-d'œuvre et de régime de retraite sont réalisées aux dépens de la main-d'œuvre existante (insécurité d'emploi, charges de travail supplémentaires et détérioration des conditions)⁷⁰ ».

Selon les recherches d'*Unison* sur des projets de l'IFP, le salaire et les conditions des travailleurs souvent peu rémunérés étaient revus à la baisse :

- Le personnel en place peut être muté au service du nouveau fournisseur tout en conservant les conditions de travail existantes (souvent pour voir son salaire et ses conditions se détériorer au fil du temps),

- Les nouveaux employés doivent accepter des conditions inférieures tout en travaillant aux côtés de personnel muté et mieux rémunéré, ce qui crée des conditions d'emploi à deux vitesses.

⁶⁸ HOUSE OF COMMONS (2003). *Delivering better value for money from the Private Finance Initiative*, 28th Report of the Public Accounts Committee. HC 764.

⁶⁹ Syndicat rassemblant 700 000 membres au sein de l'administration locale et 400 000 membres dans le domaine de la santé

⁷⁰ *Unison, Public service, private finance : accountability, affordability and the two-tier workforce. PFI in local government, London.*

Unison a aussi dénoncé vivement le manque d'accès public à l'information sur les projets de l'IFP, apparemment pour des raisons de confidentialité commerciale, et a formulé des inquiétudes voulant que la participation du secteur privé nuise à l'obligation démocratique de rendre compte des collectivités locales.

Un exemple concret récent est celui du projet innovateur de l'IFP, évalué à 99M£ (millions de livres), pour la remise à neuf d'un ensemble résidentiel situé à Manchester et appartenant au Conseil municipal.

Dans le cadre de ce projet, un consortium d'entreprises aura le contrôle du parc immobilier pendant les trente prochaines années.

Étant donné que, du point de vue juridique, le titre de propriété n'a pas été transféré, il n'y a pas eu de vote des locataires concernant le parc immobilier, tel qu'il aurait été exigé si le Conseil municipal avait décidé de suivre la pratique usuelle pour transférer une partie de son parc immobilier à un locateur autorisé.

Bien que le directeur du logement au Conseil municipal de Manchester insiste sur le fait que des consultations ont été effectuées au cours des quatre dernières années, soit la période de temps nécessaire pour démarrer le projet, « *Unison soutient que le projet met*

en cause la notion d'obligation de rendre compte en démocratie ⁷¹ ».

Une partie de l'opinion a donc conclu que l'IFP favorisait la création de conditions d'emploi à deux vitesses et qu'il existait une certaine connivence entre le gouvernement et les grandes entreprises privées pour avoir recours à l'IFP.

La confiance du public a également été ébranlée par les médias et les bulletins parlementaires qui ont fait état de certains échecs marquants de l'IFP.

Le recours à l'IFP dans le domaine de la santé a particulièrement provoqué la controverse, principalement en raison des inquiétudes concernant la diminution du nombre de lits dans les hôpitaux de l'IFP.

Nous allons à présent nous interroger sur les raisons de ces craintes.

III) Les partenariats public-privé dans le domaine du social en Grande-Bretagne : une baisse de qualité

Le Service national de la santé (NHS) est l'une des sphères les plus sensibles sur le plan politique en ce qui concerne la participation d'organismes commerciaux dans le secteur du bien-être au Royaume-Uni.

« *Depuis la création du NHS en 1948, ses hôpitaux et ses équipements appartiennent à l'État, ses médecins hospitaliers, ses infirmières et ses sages-femmes sont des employés de l'État, et ses services de santé sont subventionnés par l'État* ».

En raison des politiques en faveur du marché et du secteur privé établies par Madame Thatcher au cours des années 1980, diverses mesures provisoires en vue d'accroître la participation d'entreprises privées ont été mises en place :

- recours au processus des marchés publics pour la prestation des services auxiliaires dans les hôpitaux (le nettoyage les services d'alimentation et services connexes et la gestion d'installations),

⁷¹ Macalister, 2003 « Private concerns », *Guardian Society*, 7 May, 2-3. .

- introduction des techniques de gestion du secteur privé, incitatifs et mécanismes pour encourager l'expansion du secteur privé dans les soins de santé,
- utilisation de fonds publics considérables pour financer des résidences et des foyers de soins infirmiers offerts sur une base privée,
- établissement de certains services (tels des systèmes d'information) en tant qu'entreprises commerciales indépendantes.

Bon nombre de ces politiques ont été poursuivies et adoptées en dépit de l'opposition soutenue et rigoureuse des professionnels et des travailleurs concernés et malgré le manque de confiance et le mécontentement de la population.

« la tendance vers l'accroissement de la commercialisation et la « marchandisation » s'est poursuivie, englobant une phase qualitativement distincte caractérisée par l'introduction et l'expansion de l'IFP, forme de partenariat public-privé. ⁷² »

À partir de 1992, les organismes publics à la recherche de nouveaux capitaux ont été encouragés à explorer l'option « financement privé », qui aujourd'hui se caractérise par un dessaisissement au profit du partenaire privé (A) et par une baisse significative de la qualité des services publics de santé dans le Royaume-Uni (B).

A) Le rôle du consortium : un rôle très vaste qui dépossède l'action publique

En vertu de l'IFP, le financement d'un nouveau développement des immobilisations ne provient pas du ministère des Finances mais plutôt des « partenaires » du secteur privé qui forment un consortium généralement composé d'une institution financière, d'une entreprise de construction et d'une entreprise d'entretien des installations.

Bien qu'il s'agisse de l'Initiative de financement privé, *« le rôle du consortium privé est beaucoup plus vaste et englobe la conception et la construction du nouveau projet, l'exploitation des nouvelles installations une fois la construction terminée et la prestation de services non cliniques (tels l'entretien des installations, la conciergerie, le nettoyage, les communications et autres), réalisés grâce à la mutation du personnel des catégories visées aux entreprises pertinentes du consortium ⁷³ »*.

Outre ce rôle très vaste dévolu au consortium, le président du Forum sur les partenariats public-privé a d'ailleurs précisé que :

« ces immobilisations ne constituaient pas des éléments d'actifs publics, mais des concessions accordées au secteur privé. Par conséquent, pour la durée de la concession, le secteur privé est effectivement propriétaire de l'hôpital ⁷⁴ »

Le plan d'investissement du NHS prévoit la construction de 100 nouveaux hôpitaux d'ici 2010 pour remplacer une bonne partie de l'actif existant ⁷⁵.

⁷² Par Sally Ruane, *L'Initiative de financement privé et le Service national de la santé du Royaume-Uni*, revue *TELESCOPE* p 45 et suivantes.

⁷³ Par Sally Ruane, préc.

⁷⁴ Gosling, P. (2004). *PFI : Against the Public Interest. Why a 'Licence to Print Money' can also be a Recipe for Disaster*, London: Unison.

⁷⁵ Department of Health (2001). *The NHS Plan : Investment and Reform for NHS Hospitals*, London : Department of Health.

Dès lors, la plupart de ces hôpitaux ne seront pas, au sens traditionnel, la propriété de la personne publique.

Lorsqu'il s'agit d'un projet de l'IFP, deux autres aspects contribuent à diminuer le contrôle que peut exercer un gestionnaire du secteur public sur son hôpital.

- Le premier concerne le contrôle des finances.

Dans un projet de l'IFP, une partie substantielle des revenus annuels de l'agence doit être consacrée au « paiement unitaire » versé à la société ad hoc.

Ce paiement (le loyer) sert essentiellement à couvrir le coût d'utilisation des installations fournies.

Comme le remboursement de l'IFP est prévu par la loi, il n'est pas modifiable.

Par conséquent, *« si des pressions financières sont exercées sur les coûts de fonctionnement de l'hôpital (coûts supplémentaires liés à une augmentation du nombre d'admissions ou à une hausse des salaires négociés à l'échelle nationale par exemple), elles devront être résolues en apportant des changements aux fonctions qui ne touchent pas au coût d'utilisation des installations, c'est-à-dire soit par des réductions de personnel, soit par une diminution de la qualité des services ou de la quantité de services cliniques offerts »*.

La souplesse de la gestion des ressources est donc diminuée et les pressions financières sont absorbées par le volet clinique.

- Le deuxième aspect concerne la gestion des ressources humaines dans le cas où les services (et le personnel connexe) ont été transférés au consortium privé. Le gestionnaire du NHS ne peut exercer une influence sur le caractère ou la qualité du service que par l'entente de concession complexe.

Il ne faut pas pour autant dénigrer les points favorables de l'IFP :

Pour certains professionnels de la santé, le point favorable de l'IFP en tant que politique est le renouvellement d'une grande partie des infrastructures du secteur de la santé après des décennies de sous-investissement.

Selon eux, il ne faudrait pas sous-estimer la capacité de l'IFP à mobiliser des sommes suffisamment importantes pour mener à bien et rapidement des projets d'envergure. De plus, ces projets sont réalisés dans les délais impartis et selon les budgets prévus.

Cependant, l'IFP constitue également une étude de cas intéressante pour l'examen de certaines difficultés pratiques.

B) Bilan à propos des opérations d'IFP en cours : des difficultés pratiques selon le milieu professionnel de la Santé

a. Pénurie de lits et reconfiguration des soins aux patients

De nombreux projets ont été réalisés malgré l'absence de planification stratégique de la capacité à l'échelle nationale et avant la publication des résultats de l'enquête nationale sur le nombre de lits qui avait signalé en 2000 la nécessité de mettre un frein à la réduction du nombre de lits partout au pays.

Certains auteurs⁷⁶ ont déclaré qu'une diminution du nombre de lits et des services connexes de 24 % avait été nécessaire pour respecter les coûts de l'IFP.

⁷⁶ Dunnigan, M., et A. Pollock (2003). « Downsizing of Acute Inpatient Beds Associated with the Private Finance Initiative : Scotland's Case Study », in *British Medical Journal*, 326 :905-908.

Dernièrement, on a signalé que le nouvel hôpital de l'IFP à Worcester, construit au coût de 95 M£, ne comptait pas suffisamment de lits pour répondre à la hausse des admissions d'urgence, et que 800 chirurgies avaient dû être reportées et certaines réalisées dans le secteur privé⁷⁷.

b. Qualité du rendement du secteur privé

Le consortium choisi par la personne publique, la NHS en l'occurrence, désigne ensuite les membres de son équipe.

Les résultats escomptés en termes de synergie n'ont pas été atteints. Cette situation découle en partie du fait que les membres du consortium travaillent individuellement (différentes entreprises dans des bureaux séparées) de sorte que le partage de facto et la génération de nouvelles idées ne se matérialisent pas.

Autre écueil majeur, les projets de l'IFP comprenant la prestation de services de soutien par le secteur privé tels que des services immatériels (nettoyage, services d'alimentation, etc.), cependant, la qualité de ces services était parfois jugée extrêmement faible.

Or, le lien entre la qualité du nettoyage des salles communes et la propagation du staphylocoque résistant à la méthicilline est maintenant explicitement mis en évidence⁷⁸.

c. Conflit d'intérêts entre les services commerciaux et les services publics

Les arguments avancés ci-dessus alimentent un débat qui est finalement de savoir si les intérêts du consortium privé et ceux des organismes de services publics sont compatibles ou non.

« Les intérêts des deux parties sont compatibles dans la mesure où elles peuvent conclure une entente offrant à l'une, un hôpital de qualité digne du XXI^e siècle ainsi qu'une optimisation des ressources et, à l'autre, des revenus lucratifs permanents »⁷⁹.

Cependant, d'une certaine façon, ces intérêts sont conflictuels.

« les entreprises (le consortium) tirent souvent d'énormes profits de l'organisme de services publics parce qu'elles exigent des tarifs élevés pour compenser le transfert du risque alors qu'en pratique, une fois la construction terminée et le bâtiment fonctionnel, le risque réel est modeste »⁸⁰.

Au travers de l'expérience britannique, le présent chapitre s'est penché sur certains problèmes pratiques et des irrationalités apparentes que doivent surmonter les organismes du secteur public pour intégrer les intérêts commerciaux dans les services publics.

Certains universitaires britanniques ont même été tentés de conclure que, mal rédigés, certains Partenariat Public-Privé aboutissaient simplement à transférer le profit, tout en maintenant la publicisation du risque d'exploitation.

Forts de cet éclairage, les futurs partenariats public-privé français devront éviter les écueils que nous avons pu décrire.

⁷⁷ Revill, J. (2004b). « NHS hospitals "fined" for success », in *The Observer*, March 28th.

⁷⁸ Sanai, L. (2003). « I was gobsmacked by the filth » », in *The Guardian*, January 21st.

⁷⁹ Ruane, S. (2004). « "It's a leap of faith, isn't it?", Managers' perceptions of PFI in the NHS », in M. Dent, J. Chandler and J. Barry (eds) *Questioning the New Public Management*, Aldershot : Ashgate.

⁸⁰ S. Ruane, article paru dans la revue *TELESCOPE* préc.

Pour cela, il existe des techniques et des méthodes qui permettent aux gestionnaires publics d'être informés sur les risques encourus et de choisir ainsi le mode adéquat de gestion et d'organisation des services publics.

Ce sont ces outils que nous allons nous forcer de rappeler et cela va nous conduire à l'exposé de notre deuxième partie.

PARTIE II : Une forme de coordination de l'intervention publique à maîtriser par les gestionnaires publics :

On a vu précédemment qu'au regard des grands besoins d'investissements publics, il était tentant de rechercher des capitaux auprès d'investisseurs privés, en vue de pallier à l'inadéquation entre besoins et moyens.

Cependant, encore faut-il présenter aux investisseurs un montage attractif au plan économique.

Le partenariat public-privé, outre le caractère global des missions qu'il confie au cocontractant des personnes publiques, caractérise un « *circuit de financement nouveau* ⁸¹ » qui consiste à partager les risques entre ceux qui sont à même de mieux les maîtriser.

C'est donc l'une des caractéristiques des partenariats public-privé que de receler une dimension financière primordiale.

Pour autant, la nécessité tirée de la raréfaction des ressources publiques et de la disponibilité des fonds privés ne peut à elle seule justifier le recours au partenariat public-privé.

Si cet aspect financier doit être indéniablement pris en considération, ce ne peut être au détriment d'une bonne gestion des deniers publics.

L'objet de cette partie est de mettre en évidence la nécessité de soulever au plus tôt les questions clés d'un point de vue opérationnel, financier et juridique d'un projet public, mobilisant des investissements significatifs, afin de permettre un partage effectif des risques vers le partenaire rémunéré.

En effet, compte tenu de la durée des contrats, la relation contractuelle doit être pensée à l'échelle de plusieurs décennies. Elle doit intégrer les possibilités et les nécessités d'évolutions, de même qu'elle doit envisager l'existence d'événements exceptionnels.

Elle doit être vue comme « un *cercle vertueux ou une relation équilibrée où chacun des partenaires gagne à la réussite, la satisfaction et à l'efficacité de l'autre partenaire* ⁸² ».

En d'autres termes, il s'agit de « *conjuguer les talents pour une meilleure efficacité* ⁸³ ».

Ceci revient à dire que cette nouvelle formule nécessitera plus que jamais le concours des juristes. En effet, ils auront la charge d'écrire un contrat de longue durée, à eux d'imaginer les risques d'exécution à venir et de préparer un « clausier » destiné à les encadrer le mieux possible.

⁸¹ J-F SESTIER, La dimension financière des ppp, revue du Trésor précitée, p. 249

⁸² F. LICHERE, Pratique des ppp, Litec, p 13

⁸³ P. VAN DE VYVER et A. BREVILLE, Le ppp ; conjuguer les talents pour une meilleure efficacité : la revue parlementaire, nov. 2005, p. 26

C'est dans cet esprit que nous avons conçu notre deuxième partie. Pour nous, ce « clausier » devra contenir l'exposé de deux règles fondamentales en matière de ppp :

- le partage des risques
- le principe de l'évaluation préalable

Il apparaît donc en effet primordial de relever d'abord les véritables objectifs poursuivis dans le cadre d'une externalisation pour le montage d'un projet, de voir les bonnes et les mauvaises raisons de recourir à ce type de montage et comment peut-on faire du partage des risques un véritable outil de gestion publique et non pas un outil pour masquer l'endettement public (Chapitre I).

Nous verrons ensuite en quoi l'évaluation préalable permet de légitimer le recours aux ppp, mais constitue aussi en réalité un outil qui permet de rechercher le meilleur mode de gestion et d'organisation des services publics, parmi les modes traditionnels.

Du fait de notre stage, nous nous intéresserons particulièrement à la solution que les Sociétés d'Economie Mixte pourraient présenter pour les projets de partenariat public-privé (Chapitre II).

Dès lors, si nous avons pu montrer dans notre première partie en quoi on pouvait qualifier les partenariats public-privé d'héritage, les mises en garde constituées par l'expérience britannique en matière PPP nous conduisent à la description des règles qu'il convient de respecter pour que ces partenariats publics-privés constituent un héritage positif pour la gestion des services publics français.

CHAPITRE I : MONTAGE DU DOSSIER : Utilité socio-économique et partage des risques

Les contrats de partenariat se caractérisent par un partage des risques entre la personne publique cocontractante et les opérateurs privés. Ce partenariat se doit d'être équilibré :

« Son objet est de parvenir à une conception et à une gestion plus efficaces des tâches confiées aux cocontractants privés ⁸⁴ ».

Si l'on se réfère au guide pratique élaboré par le MINEFI, selon les sources officielles, le recours à la formule du contrat de partenariat doit en effet permettre de trouver des solutions optimales tenant à la nature même de ce type de contrat : à la fois globale et de long terme.

En effet, selon le MINEFI, les gains à attendre seraient par exemple : *« l'intégration dans une procédure unique de contrats normalement séparés, réduction des risques d'interface entre conception, réalisation et exploitation ou gestion, économies d'échelles potentielles sur des séries longues et gains de productivité tenant au recours à une gestion privée... ⁸⁵ »*

Or, ce serait évidemment illusoire de croire que l'on peut demander au contrat de partenariat de régler toutes les difficultés auxquelles est confronté le financement des équipements publics et dans la passation des contrats.

⁸⁴ Voir Document élaboré par le MINEFI : le Contrat de partenariat : Principes et Méthodes, Guide Pratique, p. 15, mai 2005 disponible sur le site de la MAPPP (www.ppp.minefi.gouv.fr)

⁸⁵ Guide pratique p. 16

Il existe des règles indispensables à respecter et que nous allons tenter de résumer.

Nous verrons tout d'abord en les premières phases de réflexion autour du projet demeurent un préalable indispensable (I).

Il s'agit pour la personne publique de calculer l'utilité socio-économique et de s'entourer des conseils appropriés.

« L'objet du contrat est de transformer l'utilité socio-économique en rentabilité financière et en faisabilité budgétaire en concevant la ressource publique comme un levier et en optimisant l'allocation des risques entre acteurs publics et privés ⁸⁶ »

Ensuite nous verrons en quoi consiste l'allocation des risques dans un projet de ppp et quoi il s'agit d'une étape clé dans le processus d'élaboration du contrat (II).

I) Genèse d'un projet d'ouvrage public : les phases préalables

Le montage d'un dossier de PPP peut être appréhendé du point de vue de la personne publique ou de celui du partenaire privé.

Ce chapitre prendra le point de vue de la personne publique et a pour objet d'exposer les principales dispositions que l'Administration doit prendre lorsqu'elle envisage puis décide de lancer un projet en PPP.

Précisons seulement que, comme nous l'avions déjà formulé dans notre introduction, sous cette expression commode de partenariat public-privé, nous incluons les contrats de partenariat, les BEA et les montages en AOT.

Le PPP n'est pas seulement un mode de financement de l'investissement public.

C'est avant tout un « *mode de gestion publique* » qui modifie profondément la façon de faire de l'Administration.

"L'Administration va être changée par le PPP, ce qui est évidemment très différent du marché public : on n'est pas modifié par ce que l'on achète".

Ce changement va s'opérer à deux égards.

- En premier lieu, l'Administration va être invitée à évaluer son besoin beaucoup plus sérieusement qu'elle ne le fait lorsqu'elle passe un marché public, et en particulier, elle va devoir se livrer à un exercice salutaire de comptabilité analytique à la recherche de ses coûts cachés.

Cette évaluation comparative doit évidemment mettre en évidence les coûts cachés que l'Administration ne comptabilise pas d'habitude.

- En second lieu, l'Administration va devoir penser un projet globalement, dans l'unité de sa conception, de sa construction et de son exploitation.

"Elle va devoir passer d'une logique de maître d'ouvrage à une logique de contrôleur. Elle va devoir s'attacher aux services rendus et non à l'édiction de spécificités techniques ⁸⁷ ."

⁸⁶ Guide pratique p. 20.

⁸⁷ Marc FORNACCIARI, Le montage d'un dossier, NOTE BLEUES DE BERCY 1 AU 15 MAI 2007 N°328

Il est donc essentiel de comprendre qu'il faut s'organiser de façon particulière avant de se lancer dans l'aventure du PPP.

Au préalable, il nous est apparu tout d'abord intéressant de mentionner quelles seraient les mauvaises raisons de recourir à un PPP selon les sources officielles (A).

Ensuite nous verrons quelles questions la personne publique doit se poser et comment elle doit s'organiser dans les toutes premières phases du projet (B).

A) Trois mauvaises raisons de recourir à un contrat de partenariat

Le MINEFI⁸⁸ s'est appliqué à mettre en garde les partisans de ce montage juridique contre toutes mauvaises raisons d'y avoir recours.

Ces trois mauvaises raisons ont constitué des arguments pour les opposants des ppp mais nous allons voir qu'il existe des garde-fous qui rendent difficile le recours aux ppp pour les « mauvaises raisons » énoncées.

a. S'affranchir des contraintes budgétaires :

Si le contrat de partenariat est souvent présenté comme un instrument permettant de favoriser l'investissement public en mobilisant des ressources privées, « *la conclusion d'un contrat de partenariat ne saurait être envisagée comme un moyen de pilotage du solde budgétaire, d'externalisation du besoin de financement des administrations publiques ou d'externalisation de la dette publique* ⁸⁹ ».

Les critères posés par les instances communautaires rendent en fait inopérante toute opération en ce sens⁹⁰.

Pour les collectivités territoriales, le recours aux contrats de partenariat ne saurait être considéré comme un moyen commode de déguiser l'endettement réel de la collectivité et de reporter de façon artificielle la charge budgétaire sur les gestions futures sans se préoccuper des ressources disponibles sur moyen terme.

C'est pourquoi, outre la nécessité de procéder de façon précise et objective à l'évaluation économique que nous étudierons par ailleurs, il est indispensable que l'exécutif, lorsqu'il souhaite recourir aux contrats de partenariat, « *vérifie les marges de manœuvre financières de la collectivité sur le moyen terme, afin de s'assurer de la capacité de la collectivité de faire face à l'ensemble de ses engagements pluriannuels* ⁹¹ ».

À cet égard, l'exécutif est obligé, au moment de la décision de l'assemblée délibérante d'autoriser la signature du contrat, de fournir le coût global, en moyenne annuelle du contrat de partenariat envisagé et un ratio indiquant la part que ce coût représente par rapport aux recettes réelles de fonctionnement de la collectivité territoriale⁹².

⁸⁸ Guide pratique préc. P 18

⁸⁹ Guide p. 18

⁹⁰ Voir en ce sens le Livre Vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (1) le 30 avril 2004. et la Communication du 15 novembre 2005 de la Commission des Communautés européennes COM(2005) 569

⁹¹ Guide p. 19

⁹² Il s'agit des recettes totales de la section de fonctionnement du budget atténuées des recettes d'ordre

Cette disposition vise à mieux apprécier l'impact du contrat sur les finances de la collectivité et son évolution dans le temps (écarts par rapport à ce coût moyen au cours du contrat) ainsi que la disponibilité des ressources pour y faire face⁹³.

b. Éviter de passer des marchés publics

Toute tentative ayant pour finalité de contourner la réglementation du code des marchés publics ne peut être que contre-productive.

A priori, les prestations qui relèvent d'un contrat de partenariat peuvent quasiment toujours être réalisées sous la forme de plusieurs marchés publics.

Si le besoin de la collectivité peut être satisfait sous cette forme, le recours au contrat de partenariat doit être justifié.

« Il faut que l'économie interne du contrat de partenariat et les avantages que l'on attend de la participation du secteur privé en matière de délais, de qualité du service et de gestion de l'ensemble soient suffisamment importants pour attester que l'intérêt général commande de recourir à un tel contrat »⁹⁴.

c. Se dessaisir au profit de la personne privée :

Le contrat de partenariat ne doit pas être regardé comme le moyen pour une personne publique de se dessaisir de ses compétences.

Ainsi, la personne publique qui s'engage sur le long terme doit assurer un pilotage précis et périodique du contrat (voir infra).

Il s'agit d'une exigence d'efficacité économique.

En effet, la personne publique *« doit être en mesure de déterminer si le service rendu par la personne privée correspond aux besoins définis, et de contrôler de l'action publique, puisqu'elle doit s'assurer de la bonne utilisation des deniers publics »⁹⁵.*

Ces différents éléments étant pris en compte, ceci suppose donc que la personne publique définisse précisément les contours des missions du partenaire privé en amont de la signature du contrat.

Quelles sont alors les bonnes raisons pour recourir à un ppp ?

Nous allons voir à présent que le choix du mode de gestion d'un projet par la personne publique dépend du contexte et des besoins identifiés.

Ces besoins doivent être appréhendés au plus tôt pour identifier la nécessité, puis la mise en œuvre d'un partenariat.

B) La phase de réflexion préalable et la phase de démarrage du projet : Les conditions essentielles pour la réussite du projet

La question du financement ne peut être dissociée de la question de l'utilité d'un projet.

⁹³ Par ailleurs, l'ordonnance prévoit également, pour des motifs de transparence financière, une annexe budgétaire retraçant l'ensemble de ses engagements au titre du contrat de partenariat. Cette annexe normalisée devra en particulier faire apparaître les composantes de la rémunération versée au cocontractant et leur « amortissement » sur la durée du contrat.

⁹⁴ Guide p.21

⁹⁵ Guide p. 22

Ainsi, avant de choisir les modalités de montage d'un ppp, il convient de bien cerner le contexte du projet et les besoins de la personne publique concernée. Pour ce faire, une première analyse globale peut être réalisée au travers d'un certain nombre de questions à soulever au préalable.

Cette analyse permettra en particulier de déterminer si le contrat de partenariat semble effectivement le meilleur outil pour réaliser le projet envisagé.

a. Quelques questions de base à se poser

Il faut d'abord se poser quelques questions de base pour savoir si des formes contractuelles plus simples ne pourraient pas satisfaire les besoins de l'Administration. Reprenant les préconisations de la MAPPP⁹⁶, on citera notamment :

1. Quels sont les avantages que l'on attend d'un PPP ?

Il semble évident que ce ne peut pas être essentiellement l'étalement de la charge de l'investissement public, même si cet aspect est important.

« Il faut être convaincu que le PPP a un intérêt fort en termes de bonne gestion, ou de délais, ou en termes de coût global, ou parce qu'on estime que l'on a besoin d'une prestation globalisée⁹⁷ » ;

2. A-t-on vraiment besoin d'un montage global, incluant la conception, la construction, le financement, la gestion et la maintenance, c'est-à-dire : quels seraient les avantages d'une telle globalisation ?

3. Si oui, les marchés publics n'y suffisent-ils pas ?

Certains marchés publics permettent la globalisation, mais la rédaction de l'article 10 du nouveau Code, qui fait de l'allotissement la règle, fait peser un aléa juridique sur tout marché public globalisé⁹⁸ ;

4. Un exploitant privé pourrait-il se rémunérer substantiellement sur l'exploitation du service, c'est-à-dire sur l'usager ? Si oui, une Délégation de Service Public est possible.

« On a vu récemment deux projets de stade se monter l'un en DSP (Nice), l'autre en contrat de partenariat (Lille), preuve que l'hésitation est parfois permise⁹⁹ » ;

5. Sommes-nous en mesure de fixer des critères de performance au partenaire privé, en termes de construction et d'exploitation ?

6. Des recettes annexes sont-elles possibles ?

Un PPP peut parfois être couplé avec une opération immobilière gérée de façon privative par le partenaire privé qui en partage le surplus avec l'Administration, ce qui allège d'autant le poids de l'investissement public ;

7. Quelles sont les répercussions du projet en termes de personnel administratif ?

8. Quel serait le périmètre exact du projet ?

⁹⁶ La trame suivante est proposée à titre indicatif sachant que des compléments forts utiles sont disponibles sur le site de la Mission d'Appui (www.ppp.minefi.gouv.fr) dont notamment « Le guide des contrats de partenariat : principes et méthodes » précité et l'outil de simulation financière et son guide d'utilisation.

⁹⁷ à 21, Marc FORNACCIARI, *Préc, Notes Bleues de Bercy*.

⁹⁸

⁹⁹

Bien souvent on se rend compte en cours de procédure que le périmètre aurait gagné à être enrichi de services nouveaux auxquels on n'avait pas pensé.

« En revanche, il ne faut pas céder au « tout PPP » : il y a des services, comme la sécurité ou l'accueil, que l'on a parfois intérêt à garder en régie¹⁰⁰ » ;

9. Quelle serait a priori la meilleure allocation des risques ?

La tentation peut être forte de faire peser tous les risques sur le privé. Mais tout transfert de risque a un coût.

« Il faut donc faire porter par chaque partie le risque que celle-ci est capable de maîtriser, c'est-à-dire de supporter au moindre coût¹⁰¹ ».

A l'issue de cette première phase de débroussaillage, il est tout à fait possible d'avoir un premier entretien informel avec la MAPPP¹⁰².

Il nous est apparu très important de décrire ces différentes interrogations en matière de mode de gestion.

Ces interrogations bien menées, elles vont pouvoir conditionner ensuite la réussite du projet.

b. La phase de démarrage concret du projet

Une fois que la décision de principe a été prise d'aller plus loin, il faut passer aux étapes suivantes.

- L'organisation de la personne publique

Le PPP est un contrat global, qui va donc déborder les compétences du seul service « Achats » ou « marchés publics » de la personne publique.

La personne publique devra être en outre particulièrement réactive pendant toute la durée de la procédure, face à des groupes privés dont le degré d'expertise est considérable.

« Il faut donc que l'Administration dépasse ses organigrammes traditionnels et adopte une organisation de projet, avec un véritable chef de projet.

Cela suppose un chef, et qu'il y ait un projet¹⁰³ ».

- Un chef :

Un agent suffisamment élevé dans la hiérarchie doit être désigné pour pouvoir trancher, prendre des décisions au moins de procédure et faire valoir ses vues auprès de collègues qui seront parfois ses supérieurs.

La disponibilité en temps de cet agent est essentielle. Pour les projets importants, il nous paraît fondamental qu'il s'agisse d'un agent de catégorie A à plein temps.

- Une organisation de projet :

Il faut adopter une organisation qui transcende les organigrammes, type administration de mission.

¹⁰⁰

¹⁰¹

¹⁰² voir schéma de l'évaluation préalable proposé par la MAPPP infra

¹⁰³ M. Fornacciari préc.

En effet, une personne publique qui serait obligée de faire valider par chacune des directions les décisions prises à chaque pas du projet serait peu efficace et mettrait le projet en péril.

La nomination de ce chef de projet est à notre avis le premier pas concret à accomplir.

Bien évidemment, il faut aussi immédiatement nommer un comité de projet, peut-être de formation variable selon les sujets abordés, qui entourera et guidera le chef de projet.

- Le choix des conseils

Il est absolument nécessaire de s'entourer de conseils. Conseils internes d'abord, la MAPPP pour les projets de contrats de partenariat ou la MAINH pour les projets hospitaliers. Mais il faut aussi des conseils externes.

Le PPP a un langage propre et une pratique particulière: il est recommandé de choisir des conseils de trois sortes : financier, juridique et technique.

Il ne faut pas oublier cette troisième catégorie : la plupart des projets demanderont des compétences en économie de la construction et en maintenance.

On peut aussi prévoir que l'un des conseils aura la tâche du pilotage de ses collègues.

Le rôle de ces conseils ne se limite en effet pas à assister l'Administration dans la phase de passation des contrats.

« Il est d'aider et de faire profiter de leur expérience à tous les stades de la procédure. Il nous paraît opportun de leur confier une mission portant sur toute la durée du projet, de la phase préalable jusqu'à l'attribution du contrat. Il faudra alors prévoir une tranche ferme allant jusqu'à la rédaction de l'évaluation préalable et une tranche conditionnelle portant sur l'assistance à la négociation. ¹⁰⁴ »

-La rédaction du programme fonctionnel :

Tout PPP (en tous cas les contrats de partenariat et les BEH) commence par la rédaction d'un programme fonctionnel qui est l'expression des besoins de l'Administration. Le dialogue compétitif va ensuite être le moyen de découvrir les moyens propres à satisfaire ses besoins.

« Le programme fonctionnel est l'expression même du projet, sa feuille de route. Rédiger le programme fonctionnel, c'est se poser toutes les questions que pose le projet et les résoudre. Les conseils doivent y participer ¹⁰⁵ ».

Cela explique que le programme fonctionnel va évoluer tout au long de la phase préparatoire. En revanche, dès qu'il est communiqué aux candidats il est intangible, cela pour deux raisons.

- En premier lieu, le programme fonctionnel est l'expression des besoins de l'Administration, et c'est un des principes généraux de la commande publique que l'Administration doive avoir pleinement défini son besoin avant de faire appel aux opérateurs. Le dialogue compétitif a précisément pour objet d'indiquer à l'Administration quels sont les moyens les meilleurs pour répondre à ses besoins.

- En second lieu, il s'agit de préserver l'égalité entre les candidats, qui suppose que les règles du jeu ne changent pas en cours de route.

¹⁰⁴ Et ^AM. FORNACCIARI Préc.

¹⁰⁵

La jurisprudence a donné des signaux très nets s'agissant de l'ancienne procédure de l'appel d'offres sur performances, ancêtre du dialogue compétitif, qui comporte également un stade d'élaboration d'un programme fonctionnel.

Le Conseil d'Etat¹⁰⁶ a jugé que :

« si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter ».

En réalité, le montage juridico-financier n'aura d'efficacité réelle que s'il s'accompagne d'un changement profond des pratiques :

En effet, les « clients publics », devront adopter un nouvel état d'esprit :

- faire faire plutôt que faire ;
- imposer non pas des obligations de moyens mais des obligations de résultat ;
- acheter non pas un ouvrage mais un service (le fait de disposer d'un ouvrage géré et entretenu, voire de contribuer à la réalisation du service qui y est attaché).

Cela revient à dire que le partenariat est un état d'esprit.

Les acteurs publics doivent accepter l'idée de devoir investir en amont. Ils doivent aussi convenir d'un partage des risques avec le partenaire privé afin que le risque soit supporté par le plus à même de le gérer.

II) La phase d'allocation des risques : Une difficulté qui n'est pas encore intégrée dans la culture publique

L'allocation des risques dans les contrats de PPP est un sujet fondamental mais on peut regretter l'absence de définition précise.

« La problématique du risque dans les contrats publics, bien que centrale, ne fait généralement pas l'objet de définitions normatives claires et opérationnelles. La notion de risque est, le plus souvent, indéterminée ou vague et insuffisamment développée pour faire face aux besoins des contrats de partenariat public-privé

en général et des contrats de partenariat en particulier ¹⁰⁷ »

Nous allons voir en quoi il s'agit d'une problématique centrale, aussi bien pour les juristes que pour les financiers (A). En pratique, lors de la préparation des projets de PPP, ceux-ci se retrouvent d'ailleurs autour d'un document appelé « matrice des risques » (B)

A) L'intérêt d'un bon partage des risques

Dans les PPP, le partage des risques entre les parties a une importance cruciale. La partie qui devra assumer un risque doit être celle qui est à même de mieux gérer ce risque, de le

¹⁰⁶ CE, 4 avril 2005, « Commune de Castellar »

¹⁰⁷ X. Bezançon, L. Deruy, R. Fiszleson et M. Fornacciari, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Éditions du Moniteur, mai 2005, p. 123.

maîtriser et d'en réduire l'impact sous peine d'une augmentation du coût global du contrat de PPP.

a. L'enjeu du partage des risques

Pour chaque projet, il est nécessaire d'identifier l'ensemble des risques entourant le PPP : *« d'en mesurer la probabilité d'occurrence, d'en estimer les conséquences financières et de déterminer quelle partie est la mieux à même de les assumer au moindre coût »*.¹⁰⁸

Outre le fait qu'il constitue un critère de l'évaluation préalable, une clause obligatoire de tout contrat de partenariat¹⁰⁹ et un sujet majeur de négociations, il permet d'assurer au mieux l'équilibre économique et financier du contrat.

Les contrats de partenariat doivent faire l'objet d'une distribution optimale des risques. En effet, seule celle-ci peut permettre de maximaliser les avantages, notamment financiers, qu'attendent les personnes publiques et privées de ces contrats.

La distribution optimale ne consiste pas, pour la personne publique, à tenter de mettre à charge du partenaire le plus grand nombre de risques.

Dans un tel contexte, les partenaires – à raison – exigeront en conséquence une rémunération significativement augmentée que les ressources publiques ne permettront pas nécessairement d'allouer.

Dans sa présentation générale¹¹⁰, le Minefi attire très clairement l'attention sur cet écueil en indiquant : *« On se méfiera aussi des formules dans lesquelles la totalité du risque est à la charge de l'entreprise privée. Ils ne sont avantageux qu'en apparence pour l'entité publique.*

L'entreprise privée en effet est bien obligée de se garantir contre un risque excessif (sous la pression de ses banques notamment), et elle le fera payer à l'entité publique, sous la forme de prix ou de tarifs plus élevés. »

En définitive, un partage optimal des risques consiste à mettre à charge les risques sur celui des cocontractants qui peut le plus efficacement y répondre.

Cependant il n'est jamais aisé de quantifier le risque pris par tel ou tel acteur et de mesurer ses conséquences.

La conciliation des industriels, des banques et des pouvoirs publics à ce sujet est ardue, « d'autant plus que les partenaires publics n'ont généralement qu'une très vague idée du coût des risques pris dans un projet conduit en maîtrise d'ouvrage publique du fait même des procédures administratives ».¹¹¹

Par exemple, les risques liés à un changement de normes de construction devront en principe être assumés par la personne publique, puisqu'il s'agit de risques résultant du comportement des personnes publiques (cela même si les personnes publiques concernées ne sont pas celles qui ont conclu le Contrat).

En outre, le partenaire privé ne doit pas assumer le risque politique sur lequel il n'a aucune emprise

¹⁰⁸ P. LIGNIERES, revue du Trésor préc. P 291

¹⁰⁹ Article 11 de l'ordonnance

¹¹⁰ Guide préc. p

¹¹¹ ***Le contrat de partenariat et le risque, Béatrice Majza et Serge Bayard, Contrats Publics n°56 juin 2006 p 60***

En synthèse, de l'optimisation du partage des risques résulte :

- l'optimisation de la rémunération du partenaire
- la sécurité juridique pendant l'exécution du contrat.

Elle est également au cœur de la notion de "*bancabilité du projet*". En effet, les banques vont procéder à un examen scrupuleux des matrices des risques retenues et des partages qui en résultent pour évaluer la bancabilité du projet.

b. Identification des risques :

Trois types d'allocation des risques devront être combinés :

- la distribution de risques à la charge du partenaire,
- la distribution de risques à la charge de la personne publique,
- la distribution de risques à la charge conjointe du partenaire et de la personne publique.

Dans un contrat de partenariat éligible aux critères posés par la décision d'Eurostat¹¹² du 11 février 2004, au moins deux types de risques sont transférés au partenaire, l'un concernant la construction et ses phases amont le cas échéant, l'autre concernant la disponibilité de l'ouvrage ou la demande¹¹³ :

- par exemple, en ce qui concerne la seule **conception**, il faudra déterminer les risques naturels (géologiques, archéologiques et météorologiques), notamment tout ce qui a trait à la défaillance des relevés topographiques ou des études des sols ;

- en ce qui concerne la **construction**, les prévisions du contrat de partenariat peuvent comprendre des items très variés, y compris même l'exercice du droit de grève par les employés du partenaire ou de ses sous-traitants, mais aussi des retards de livraison, la défaillance technique d'un constructeur, la sécurité et la sûreté du site ;

- enfin, le risque de **disponibilité** implique en particulier que le partenaire soit sanctionné s'il n'assure pas dans un délai donné des prestations de maintenance déterminées.

Ce schéma est à consulter sur place au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

114

De manière assez schématique, on peut ainsi regrouper les risques susceptibles d'affecter l'exécution d'un contrat de partenariat en quatre grandes catégories.

Cette vision permet d'éclairer le droit des PPP, des concessions et des marchés publics.

Si l'on reprend ces risques pris en compte par EUROSTAT, on pourrait retenir que :

Le contrat de partenariat rompt avec la logique concessive, « *qui tend à polariser les débats sur le risque de fréquentation (risque volume), condition de l'équilibre économique*

¹¹⁵
du contrat ».

¹¹² Office statistique des communautés européennes

¹¹³ Voir en ce sens, le rapport du Commissariat général au plan – Juillet 2005

¹¹⁴ Source IGD, Les PPP en France.

¹¹⁵ P. LIGNIERES, partenariats public-privé, préc.

L'appréciation des risques doit s'effectuer au cas par cas, au vu des caractéristiques propres à chaque projet et des aléas susceptibles d'être rencontrés. Certains risques seront naturellement transférés au partenaire privé (le risque de performance ou encore la majeure partie du risque de construction). D'autres auront davantage vocation à être pris en charge par la personne publique (le risque de force majeure notamment) ou pourront efficacement être répartis entre les deux cocontractants (le risque financier ou le risque lié aux surcoûts de fonctionnement).

Cependant, il existe aussi des risques «transversaux» qu'il conviendra de prendre en compte.

Les risques « transversaux » peuvent surgir à tout moment, au stade de la construction ou de l'exploitation :

Il est donc nécessaire, on l'aura compris, que les parties soient d'accord sur la répartition des risques. Pour cela, une discussion peut avoir lieu sur la base d'une matrice de répartition des risques.

B) La matrice des risques

a. Principes :

À titre liminaire, les personnes publiques doivent élaborer une matrice des risques, c'est-à-dire des « *événement probabilisables susceptibles d'affecter l'exécution du contrat* »¹¹⁶

Concrètement, la matrice des risques porte sur tous les volets des missions conférées au partenaire, de l'amont à l'aval : risques de la conception, de la construction et de performance en rapport avec les obligations d'entretien et de maintenance.

La matrice des risques se présente sous la forme d'un document pouvant aller jusqu'à une cinquantaine de pages, véritable grille d'analyse qui donnera les moyens à la personne publique de contrôler son partenaire de manière objective, transparente et rigoureuse en phase d'exécution du contrat, facteur de forte incitation à mieux exécuter ses obligations pour le partenaire. Elle est finalisée autant que possible par un chiffrage des risques (leur taux de probabilité et leur coût en cas de survenue).

La matrice des risques n'a pas un objet unique :

- elle servira dans la phase de candidature et d'élaboration de l'offre ;
- elle permettra ensuite de construire la négociation et le contrat avec la personne publique ;
- elle sera également un élément indispensable de la structuration du financement ;
- enfin, pendant toute la phase d'exécution, elle permettra de vérifier le déroulement du contrat et les changements qui pourraient survenir par rapport aux hypothèses originelles.

L'élaboration d'une matrice de risques est délicate, c'est à la fois¹¹⁷ :

- un guide (notamment pour le dialogue compétitif qui doit suivre) ;
- un élément de différenciation des candidats ;
- un élément d'analyse clé de l'équilibre recherché de l'opération ;

¹¹⁶ T. Kirat, L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats "incomplets" à la pratique des contrats administratifs, "Revue internationale de droit économique", n° 1, p. 11-46, 1er janvier 2003

¹¹⁷ Voir en ce sens Béatrice Majza et Serge Bayard, Le contrat de partenariat et le risque, Contrat public N°56, p.60

- l'occasion de réfléchir aux diverses garanties, et notamment aux mécanismes d'assurances permettant de couvrir – ou non – tel ou tel risque pour les besoins de la comparaison entre le recours à un contrat de partenariat et la réalisation du projet sous un autre mode juridique, il conviendra de remplir la matrice dans les deux hypothèses.

Chaque matrice est différente en fonction du projet. Nous avons choisi ici de reproduire la matrice de risques offerte par le MINEFI¹¹⁸.

b. Exemple de matrice des risques détaillée :

Ce tableau est à consulter sur place au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

C) L'impact de l'allocation des risques dans les ppp sur la dette publique : Eléments de réflexion

Comme on a pu le voir, l'allocation des risques permet aux juristes de négocier et de rédiger le contrat.

Il permet aussi aux financiers de s'assurer de la *bancabilité* du projet, c'est-à-dire d'en déterminer la rentabilité qu'ils attendent des capitaux investis ainsi que le coût des crédits au regard des risques assumés.

L'allocation des risques doit aussi permettre au comptable public de déterminer la comptabilité applicable à un contrat de PPP, en particulier sous l'angle de la dette publique.

Cet élément là nous intéresse dans l'étude de notre problématique : il s'agit de savoir si le montage des projets de PPP n'est pas en fait un outil pour masquer l'endettement public.

En effet, le PPP pour certain, devaient avant tout permettre d'éviter les contraintes de l'endettement public au moyen de différés de paiements, en fait, « *par une transformation des annuités d'emprunt en redevances ou en loyers* ».¹¹⁹

C'est principalement sur cette technique que reposent d'ailleurs les montages du type AOT, BEA ou METP.

Selon cette philosophie, l'objectif recherché est principalement de construire à crédit sans que la dette apparaisse dans les comptes publics.

A ce titre, « le ministère de la Défense avait même lancé en ce sens des procédures de publicité et de mise en concurrence en mentionnant que seraient privilégiés les offres des candidats privilégiant des « financements ne pesant pas sur la dette publique au regard des critères de Maastricht. »¹²⁰

Cependant, les PPP devraient être avant tout un concept de gestion publique et non pas un outil pour masquer l'endettement public.

En effet, « *même si l'un des objectifs des politiques en faveur des PPP est une relance de l'investissement privé à partir d'une initiative publique sans accroissement de*

¹¹⁸ Guide des PPP préc. p. 35 à 37.

¹¹⁹ A 37 P. LIGNIERES, revue du Trésor préc. P 291.

l'endettement public »¹²¹, le PPP doit rester un outil pour mieux gérer la raréfaction des ressources publiques.

Il relève du rôle du juriste spécialisé de traduire les conséquences concrètes de cette philosophie de « *relance keynésienne* »¹²² dans la structure du contrat, en particulier sur les clauses financières et plus particulièrement sur la rémunération du partenaire.

En effet, dans le cadre du contrat de partenariat, les modalités de rémunération dues au titre de la réalisation de l'ouvrage devront être liées pour partie au respect des délais de livraison, le risque de construction étant généralement transféré au partenaire privé.

« L'incitation à tenir ces délais sera donc particulièrement forte lorsque le paiement débutera quand l'ouvrage et l'équipement seront en service. Elle se traduit dans la pratique par la mise en place de techniques d'organisation permettant d'optimiser les délais »¹²³. »

Ce mécanisme incitatif a été mis en place en Grande-Bretagne, est sans nul doute le facteur explicatif du meilleur respect des coûts et des délais conventionnellement fixés¹²⁴.

En outre, ces partenariats sont d'autant plus potentiellement fructueux que la situation de départ était marquée par des délais longs ou des risques importants de surcoûts.

L'objectif de ce chapitre était de rappeler les règles de l'allocation des risques et d'évoquer leur importance dans un projet de PPP.

En effet, l'allocation des risques entre les partenaires va non seulement être un critère pour négocier les clauses contractuelles, mais va aussi constituer un critère pour fixer la rémunération du partenaire.

Cependant, au final les risques seront économiquement supportés par la personne publique. On voit donc tout l'intérêt pour l'Administration de rester vigilantes quant à la portée des engagements qu'elles prennent et la mesure de leur capacité à les assumer.

L'allocation des risques, si elle est bien menée, elle fera du contrat de PPP un véritable outil de performance publique.

Il convient donc aux collectivités et à l'Etat de maîtriser ces différentes phases de démarrage du projet en faisant appel aux conseils appropriés si besoin.

Il en est ainsi de même pour l'évaluation préalable qui viendra légitimer le recours aux PPP.

CHAPITRE II : L'Evaluation financière comme légitimation du recours au Partenariat Public Privé

¹²¹ , 3⁹ P. LIGNIERES, revue du Trésor préc. p 292.

¹²²

¹²³ *Guide du MINEFI préc. p 16*

¹²⁴ Le pourcentage de projets de construction dont les coûts ont été supérieurs aux prix fixés par le contrat est, d'après ces études de 73 % en marché public et de 22 % en PFI Dans ce même rapport qui analysait 37 projets de PFI, il était indiqué que 28 ouvrages avaient été livrés à temps ou avant la date limite : « PFI : Construction Performance » report by the controller and Auditor general ordered by the House of Commons (5 février 2003).

L'évaluation menée préalablement au lancement d'un contrat de partenariat doit, pour contribuer à son succès et à sa pérennité, permettre de confirmer les besoins de la personne publique, et de sélectionner le mode contractuel retenu sur la base d'une comparaison de son coût, de ses performances et de ses risques au regard d'autres formules d'achat public.

Nous allons voir tout d'abord en quoi l'évaluation préalable est un outil de légitimation du recours aux PPP, participant de la nécessité d'une bonne définition des besoins (I).

Nous verrons ensuite quels sont les différents modes d'externalisation en compétition, notamment à travers la question du recours aux Sociétés d'économie mixte (SEM) qui sera illustrée par l'exemple de Lyon Parc Auto (SEM d'aménagement, de construction et d'exploitation de parcs de stationnement) (II).

I) La justification juridique et financière du recours au Partenariat Public Privé

L'évaluation préalable est rendue obligatoire par l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat¹²⁵.

Cette obligation s'inscrit d'ailleurs dans la mise en œuvre de la loi organique sur la loi de finances du 1^{er} août 2001 (dite « LOLF ») qui place l'évaluation de la qualité et de la gestion de l'Etat au cœur du débat sur la dépense publique¹²⁶.

Même si les personnes publiques demeurent relativement libres de l'appréciation des motifs d'intérêt général justifiant le recours au PPP, les grands principes de la LOLF tendent à être intégrés dans la sphère publique grâce au mécanisme de l'évaluation préalable.

Ces grands principes de la LOLF impliquent que le « rapport qualité-prix » soit pleinement justifié par référence au coût global, à la performance et aux risques inhérents à chaque projet d'investissement public.

« Il s'agit d'un chantier et d'une véritable révolution culturelle qui modifie les modalités de choix des modes de PPP quels qu'ils soient »¹²⁷.

Nous verrons tout d'abord en quoi l'évaluation préalable est une étape clé dans le montage d'un PPP (A) et nous illustrerons le contenu de cette évaluation par la trame proposée par la MAPPP (B).

Ensuite, il nous est apparu intéressant à ce stade de voir plus précisément en quoi l'évaluation préalable, si elle est menée en toute indépendance par la personne publique, constitue un gage d'efficacité des choix publics (C).

A) Principe et intérêts de l'évaluation préalable :

Parce que le contrat de partenariat public privé doit rester, selon la réserve d'interprétation donnée par le conseil constitutionnel, une « dérogation »¹²⁸, il apparaît nécessaire que les personnes publiques qui entendent recourir une telle possibilité soient à même d'en justifier l'intérêt par rapport aux solutions plus classiques de la commande publique.

¹²⁵ Tant pour les projets de l'Etat (art.2) que pour les collectivités territoriales (art. L 1414-2 CGCT)

¹²⁶ S. LAGUMINA et L. DERUY, l'ordonnance sur les contrats de partenariat, dépasser la polémique : BJCP , n°36.

¹²⁷ **F. LICHERE, *Pratique des PPP*, préc. p72**

¹²⁸ DC n°2003-473 du 26 juin 2003, préc. cons. 18.

a. Justifier l'intérêt par rapport aux solutions « classiques » du droit de la commande publique

Alors que l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat l'impose, les textes applicables aux secteurs particuliers ne prévoyaient rien de semblable¹²⁹.

Désormais, les partenariats public-privé passés dans le secteur de la santé sont soumis à ces dispositions très comparables à celles prévues pour les contrats de partenariat.

Cependant, les contrats du ministère de la Défense et de celui de la Justice n'ont pas d'obligation légale de même nature.

Il n'en reste pas moins que la logique d'un PPP est conditionnée par l'urgence ou la complexité et, en cas de réponse positive, il faut comparer les avantages au regard d'autres procédés de commande publique¹³⁰.

Cette partie devrait permettre de « *veiller à ce que ces contrats ne soient conclus qu'à bon escient* ».

En effet, « *d'une part ils n'ont nullement vocation à se substituer à des marchés publics ou à des délégations de services publics chaque fois que l'on se trouve dans le cadre contractuel prévu par ces derniers types de contrats de droit commun.*

D'autre part, appuyés sur des financements privés, les contrats de partenariat s'avéreront parfois plus coûteux que les formules traditionnelles.

Leur avantage ne pourra venir que de la qualité de gestion attendue des opérateurs privés, et de la possibilité de substituer des investissements privés à des financements publics désormais limités. La passation de ces contrats devra donc avoir été précédée d'une évaluation rigoureuse qui permettra de vérifier l'existence de motifs d'intérêts général de nature à justifier leur utilisation et d'introduire une lisibilité économique dans le droit de la commande publique ».

131

Ainsi, comme le résume le Professeur Sestier, l'évaluation préalable doit donc participer à la recherche de la solution « *économiquement la plus avantageuse* ».

b. Appréciations critiques et pratiques

Le contenu de l'évaluation préalable donne lieu à de multiples débats économiques et financiers.

Ces débats portent notamment sur les coûts du secteur public qu'il est difficile de déterminer avec précision en raison de l'absence de comptabilisation précise des charges et de comptabilité analytique notamment.

Les débats portent également sur les avantages autres que purement financiers : « les externalités », c'est-à-dire les avantages économiques, sociaux, environnementaux qui ne sont pas pris en compte dans la rentabilité financière.

¹²⁹ J-F SESTIER, la dimension financière des ppp, la revue du Trésor, p 249

¹³⁰ Cf. méthode infra.

¹³¹ **Rapport au président de la République lors de la présentation de l'ordonnance au Conseil des Ministres, (Inédit), dans P. LIGNIERES, ppp, Litec.**

En effet, il conviendrait de les prendre en compte afin d'évaluer les coûts du projet conduit selon la procédure de ppp.

Le seul aspect financier serait, le plus souvent, défavorable au secteur privé en raison du fait que « *le coût de la dette d'une entreprise est plus onéreux que le coût de la dette publique* ».

Dès lors, « *la prise en compte de ces externalités générées par le projet est alors nécessaire car elle pourrait conduire à le justifier économiquement et socialement alors qu'il ne le serait pas d'un strict point de vue financier.* ¹³² »

Concrètement, il est proposé de suivre les recommandations proposées par la MAPPP quant au contenu de l'évaluation préalable.

B) Méthode de l'évaluation préalable dans les partenariats public-privé :

Le contenu du rapport d'évaluation préalable doit pour l'essentiel comporter des éléments contribuant à montrer que le recours au contrat de partenariat permet d'offrir à la personne publique une solution alternative moins coûteuse et/ou plus avantageuse pour atteindre ses objectifs.

La trame suivante est proposée à titre indicatif par la Mission d'Appui à la passation des partenariats public-privé (MAPPP) ¹³³.

I - Présentation du projet

- Description et statut de la personne publique porteuse du projet.
- Objet, historique, contexte et enjeux du projet.
- Etudes et procédures antérieures et en cours, décisions déjà prises ou restant à prendre, calculs de l'utilité socio-économique du projet sur lesquels la décision a été prise.

II - Partie juridique

- Exposé des raisons fondant l'urgence ou la complexité sur le plan technique, juridique et/ou financier.
- Présentation des différents schémas juridiques envisageables en dehors du contrat de partenariat (marchés publics, DSP, AOT-LOA, bail emphytéotique,..) et des raisons conduisant au choix des schémas retenus pour la comparaison et au rejet des schémas écartés.

III - Analyse comparative

III.1. Cadrage

- Descriptions des périmètres, des procédures et des contenus du schéma « contrat de partenariat » et des schémas alternatifs retenus ainsi que de leurs variantes éventuelles.
- Calendrier du déroulement (des études à la mise en service) de chaque schéma.
- Description des scénarios économiques envisagés pour le projet.
- Durée totale du contrat de partenariat (décomposition en durée des travaux et en durée d'exploitation) et justification de la durée retenue au regard de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement.

¹³² P. LIGNERES, ppp, Litec, p. 76.

¹³³ Document d'avril 2007 - Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (www.ppp.minefi.gouv.fr)

III.2. Chiffrages

- Estimation des coûts de programmation, de conception (y compris les coûts internes de maîtrise d'ouvrage, de l'évaluation préalable et d'indemnisations) et de réalisation du projet pour la personne publique. Répartition de ces coûts dans le temps et choix des inflateurs appliqués aux différents postes de coût.
- Estimation des coûts de programmation, de conception et de réalisation du projet pour le partenaire privé. Répartition de ces coûts dans le temps et choix des inflateurs appliqués aux différents postes de coût.
- Montant de l'investissement global toutes dépenses comprises à financer dans chaque schéma et origine des financements (subventions, recettes commerciales,.).
- Estimation des coûts d'exploitation, de maintenance, de gros entretien et de réparations dans chaque schéma et choix des inflateurs appliqués aux différents postes de coût.
- Hypothèses de financement retenues (emprunts, durées, taux) dans les schémas et, pour le « contrat de partenariat » (marges bancaires, part des fonds propres éventuels et rendement des fonds propres, cession de créances et conditions correspondantes,.).
- *Estimations sur la durée de vie du projet des coûts de gestion pour la personne publique et de la société de projet éventuelle dans le schéma « contrat de partenariat ».*
- Estimation des recettes annexes éventuelles (location de locaux, recettes commerciales, vente d'énergie,.).
- Traitement comptable et fiscal retenu.

III.3. Actualisation

- Justification de la période et du taux d'actualisation retenus pour la comparaison des schémas.
- Estimation des valeurs actuelles des flux nets de décaissement dans chacun des schémas pour la personne publique.
- En cas de calendriers différents de conception-réalisation entre les schémas, estimation des valeurs actuelles des flux nets de décaissement des schémas pour la personne publique avec recalage de la date de mise en service sur celle du schéma dont la date de mise en service est la plus tardive. Si le décalage est significatif, et là où c'est possible (infrastructures de transport,.), intégration dans les valeurs actuelles des flux nets de décaissement du différentiel correspondant d'utilité socioéconomique.

III.4. Prise en compte du risque

- *Estimation qualitative (approche matricielle) et répartition des risques entre les acteurs publics et privés.*
- Valorisation monétaire des risques dans chaque schéma (avec une approche plus ou moins sophistiquée selon la nature et la taille du projet).
- Estimation des valeurs actuelles des flux nets de décaissement des schémas pour la personne publique après prise en compte monétaire des risques (et décalage éventuel de la mise en service).
- Calculs des valeurs de basculement (qui font pencher la comparaison dans un sens ou dans l'autre) des principaux paramètres et tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts.

- Analyse des schémas en termes de performances qualitatives non monétarisables.

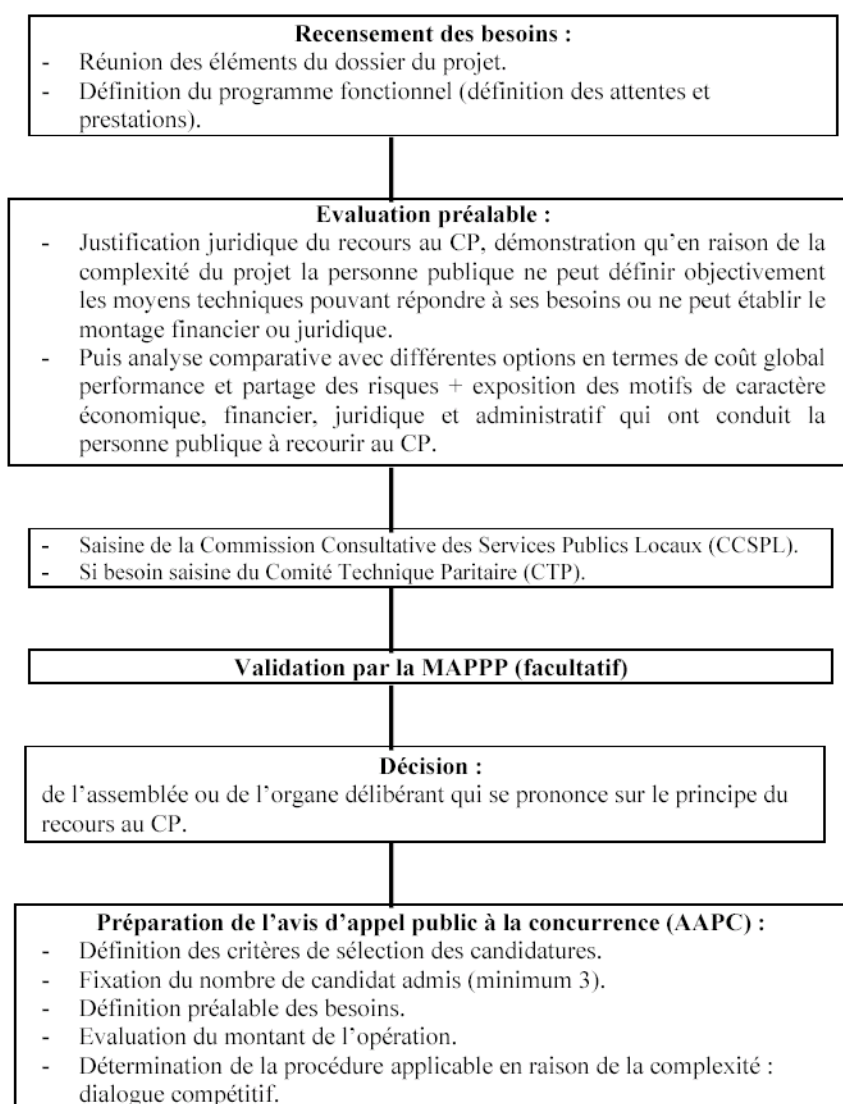
« Le recours à une évaluation globale du projet constitue donc aujourd'hui pour la personne publique un véritable défi quant à la modernisation de son action et à

134

l'efficience de ses investissements ».

Cette évaluation préalable (résumée dans le schéma ci-dessous) se situe au cœur de la démarche de montage d'un PPP et introduit ainsi un véritable changement culturel qui suppose que la personne publique s'assure de la bonne allocation des ressources en faveur de dépenses bien choisies et de la performance de son projet selon le mode de gestion retenu.

La phase d'évaluation préalable¹³⁵ :



¹³⁴ F. LICHÈRE, *pratique des PPP, Litec, p. 7*

¹³⁵ Schéma proposé par la MAPPP

C) Evaluation préalable et collectivités : les enjeux des nouvelles compétences requises

Du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales dérive le principe du libre choix du mode de gestion des services publics locaux par les collectivités locales et leurs groupements.

Cependant, en pratique, jusqu'à l'ordonnance de 2004, le choix du mode de gestion était déconnecté de toute culture d'évaluation.

L'ordonnance sur les contrats de partenariat à cet égard est porteuse d'un important changement de perspective : *« pour recourir à de tels contrats, les instances locales ne devront pas se borner à se prononcer sur le seul principe du recours au contrat de partenariat. Elles devront au surplus justifier l'intérêt général et l'utilité économique qui conduisent à privilégier la forme du contrat de partenariat par rapport aux autres modes de gestion des services publics possibles pour un projet déterminé »*.

Des compétences juridiques, techniques et financières sont nécessaires aux collectivités locales dans la phase d'évaluation juridique et économique¹³⁶

En outre, la phase de négociation, elle-même, sollicite de telles compétences, **« sauf à risquer une asymétrie d'information entre les collectivités locales et les entreprises candidates au partenariat (notamment les grands groupes de BTP) au détriment des premières »¹³⁷**.

A ce titre, le commissariat au Plan considère que les contrats de partenariat n'étant raisonnablement envisagés que pour des opérations relativement importantes, les petites collectivités, les communes en l'occurrence pourront toutefois s'engager dans cette voie par le transfert de leurs compétences à des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI).

Les principaux EPCI concernés devraient être les communautés urbaines et les communautés d'agglomérations, ces deux types de structures bénéficiant d'une assise financière assez forte depuis la loi dite "loi Chevènement"¹³⁸.

Cependant, même ces échelons de "taille critique" ne disposent pas nécessairement d'un degré d'expertise suffisant.

Le commissariat au plan ajoute qu' *« il serait souhaitable que se constituent des pôles de compétences pluridisciplinaires pour tirer parti de la mise en concurrence des choix publics, à l'image de ce qui est pratiqué au Royaume-Uni depuis le lancement en 1992 du programme de la Private Finance Initiative (PFI). »*

En synthèse, les nouveaux partenariats public-privé imposent de nouvelles compétences publiques, ce qui pose la question de la mutualisation de certaines fonctions, notamment pour les petites collectivités.

Il n'en demeure pas moins vrai que pour les collectivités, indépendamment de leur dimension, la consultation de conseils extérieurs semble inéluctable. Il s'agit d'une solution satisfaisante, mais qui le serait bien davantage si les collectivités étaient à même d' *« évaluer les évaluations »* d'origine externe.

¹³⁶ article L. 1414-2 du CGCT.

¹³⁷ **Partenariats public-privé et actions locales – Rapport Commissariat général au plan – Juillet 2005 , p 58**

¹³⁸ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale

L'enjeu d'une expertise internalisée est réel dans la mesure où il est le gage à la fois d'une indépendance dans la décision par les collectivités locales et d'une efficacité renforcée des choix publics.

Le contrat de partenariat n'est pas exclu pour les communes, même non regroupées, comme l'a montré le contrat de partenariat signé entre Auvers-sur-Oise (6 900 habitants) et le groupement formé par EL-ALE, société implantée à Sarcelles, déjà fournisseur d'une vingtaine de communes du département et ETDE, filiale du groupe Bouygues, pour la gestion globale de l'éclairage public de la commune (rénovation, maintenance et fourniture d'énergie).

L'urgence a été invoquée au titre de l'évaluation préalable compte tenu de la dangerosité des installations, non compatibles aux normes ¹³⁹.

II) Les différents modes d'externalisation en compétition

Comme le relève l'article 2 de l'ordonnance, l'évaluation préalable, après avoir établi l'urgence et/ou la complexité du projet, *"expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat"*, étant précisé qu'*"en cas d'urgence, cet exposé peut être succinct"*.

L'analyse comparative devra exposer les différents modes juridiques envisageables pour le projet – éventuellement combinés – (marché public, gestion en régie, délégation de service public, bail emphytéotique administratif, autorisation d'occupation temporaire), pour ne retenir l'option "contrat de partenariat" que si comparativement aux solutions présentées par les autres montages, elle semble plus optimale.

Les PPP regroupent en définitive des associations de personnes publiques et privées tantôt contractuelles, tantôt structurelles (l'économie mixte).

Nous allons voir en quoi ces modes de coopération sont en compétition pour la gestion et l'organisation des services publics et sur quels critères ils peuvent être comparés (A) et en quoi le modèle des SEM garde toute sa pertinence (B).

Il nous a semblé intéressant d'étudier ensuite l'exemple de la SEM « Lyon Parc Auto », la structure d'accueil de notre stage de fin d'étude, afin d'évaluer la perspective de contrats de PPP en matière de stationnement, ces derniers viendraient remplacer des traditionnelles concessions de service public.

A) Les formes traditionnelles de la commande publique en compétition :

Pour gérer les services publics, les collectivités ont les choix entre différents modes d'organisation et de gestion :

- la régie
- le marché
- la délégation
- le partenariat public-privé

¹³⁹ Partenariats public-privé et actions locales – Rapport Commissariat général au plan – Juillet 2005, p59

Comme on le sait, chacune de ces catégories comporte des modalités très diverses. Par exemple la délégation se ramifie en concession ou en affermage et le PPP se ramifie en contrat de partenariat public-privé de l'ordonnance de 2004 ou en régimes particuliers à certains secteurs (BEH...).

Les décideurs publics doivent s'interroger pour chaque projet et pour chaque service, quel est le mode de gestion le plus efficace pour différentes raisons¹⁴⁰ :

- les citoyens ont de grandes attentes vis-à-vis de la qualité des services publics¹⁴¹. Cela a son importance dans la vie sociale et le développement économique.

- la décentralisation conduit les élus locaux à examiner quel mode de gestion ils doivent choisir pour les services dont ils viennent d'acquiescer la responsabilité.

- le développement de l'intercommunalité les incite en outre à rechercher la cohérence des services au sein du périmètre intercommunal.

Ainsi, que ce soit de façon explicite ou non,

« un nombre croissant de responsables publics et notamment élus locaux, cherchent comparer les avantages et les inconvénients des différents modes

d'organisation et de gestion possibles¹⁴² ».

Nous allons voir dans quelles conditions la personne publique doit préparer son choix pour être en mesure de faire un choix éclairé du mode d'organisation et de gestion des services publics.

a. Les critères de choix actuels du mode de gestion :

Le décideur public doit prendre en compte un nombre très élevé de paramètres s'il veut choisir rationnellement le mode d'organisation et de gestion des services publics.

En effet, ces modes d'organisation résultent d'une stratification de textes : codes des marchés publics, loi Sapin, Ordonnance sur les ppp, nombreux textes sectoriels...

Il n'existe pas « un cadre d'ensemble et les différences foisonnent et sur des points où aucune raison de fond ne les justifie ».¹⁴³

On peut regretter que ces textes aient été conçus dans une logique juridique et non dans une logique de performance de la gestion publique.

Ils laissent en outre le gestionnaire se reporter à des jurisprudences anciennes et complexes car des points importants restent dans l'ombre, par exemple pour discerner les activités déléguées de celles qui ne peuvent pas l'être.

Le choix d'un prestataire fait toujours l'objet d'une mise en concurrence préalable mais *« aucune possibilité n'existe pour mettre préalablement les modes de gestion en compétition »*.

¹⁴⁰ Voir article de C. BARBUSIAUX, Régie, marché, partenariat, délégation : quelle compétition, Revue du Trésor p. 205

¹⁴¹ Selon un sondage réalisé au printemps 2005 pour la préparation du rapport de l'IGD, les services publics venaient au troisième rang des préoccupations des français après la sécurité et l'environnement. Rapport publié à la Documentation française : « régie, marché, partenariat, délégation : quelle compétition pour l'amélioration du service public ? »

¹⁴² C. BARBUSIAUX, *préc.*

¹⁴³ *Id.*

Dès lors, les décideurs vont avoir tendance à privilégier un certain nombre de ressorts généraux, largement extérieurs à l'opération par rapport aux éléments objectifs.

Un des ressorts de la décision est « *l'image des modes de gestion* »¹⁴⁴.

Par exemple, la régie est considérée « *comme plus protectrice de l'emploi local et des préoccupations sociales mais souvent aussi comme moins dynamique. En revanche, la délégation est perçue comme une technique plus efficace mais moins transparente.* »

Selon le même auteur, d'autres ressorts généraux jouent un rôle important :

- la subtilité et l'incertitude de la frontière des activités externalisables peuvent inciter une collectivité à choisir la gestion directe parce que cette solution est dans tous les cas possibles¹⁴⁵ ;

- le souci, souvent prioritaire d'éviter les contentieux ;

- la réversibilité du choix, « c'est-à-dire la possibilité de revenir à la situation antérieure sans trop de difficulté ».

Or, reprendre un service en régie pose des problèmes juridiques et pratiques en matière de gestion de personnel.

En outre, au-delà de ces motivations très générales, les nombreux textes concernant les modes d'organisation et de gestion ont créé des différences injustifiées.

- en ce qui concerne la TVA, les collectivités peuvent, pour certains types d'activités, opter pour l'assujettissement à la TVA, alors que le délégataire n'a pas cette possibilité. En effet, le Fonds de compensation de la TVA (FCTVA) bénéficie aux collectivités publiques lorsqu'un service non soumis à TVA est exploité en gestion directe, alors qu'en cas de délégation il n'en est pas de même.
 - en ce qui concerne la Taxe Professionnelle, les régies des collectivités locales bénéficient d'exonérations très larges, contrairement aux délégataires.
 - concernant l'impôt foncier, les collectivités locales en sont exonérées pour les biens leur appartenant qu'ils soient ou non productifs de revenus. Les collectivités sont donc exonérées en cas de gestion directe d'un service. Au contraire, lorsque le bien est affecté à un délégataire privé, il est soumis à cet impôt.
- en matière de cotisations sociales, l'assiette des cotisations diffère et s'y ajoute, pour l'assurance maladie, une différence de taux de 2 points¹⁴⁶.

d'autres la délégation, notamment concernant les dotations d'amortissement.

Par exemple, en cas de gestion directe, les services publics industriels et commerciaux font l'objet d'un budget annexe où l'ensemble des opérations se trouve détaillée.

En revanche, « *lorsque les mêmes services sont gérés par un établissement autonome (EPIC ou EPCI), les opérations sont retracées dans les comptes de cet établissement mais n'y font pas nécessairement l'objet de comptabilités distinctes lorsque l'établissement exécute plusieurs services ou gère un même service pour plusieurs collectivités* ».

¹⁴⁴ D'après une étude menée pour la préparation du rapport précité de l'IGD.

¹⁴⁵ Par exemple, la restauration scolaire est déléguable mais la surveillance des enfants pendant les repas ne l'est pas...

¹⁴⁶ Cour des comptes, rapport public sur la sécurité sociale, septembre 2004 p. 72

L'obligation du rapport annuel du délégataire¹⁴⁷ et son examen par la commission des services publics locaux n'existe pas en matière de gestion directe ou pour les services confiés par voie de marchés ou encore pour les contrats de partenariat.

Ces différenciations sont ainsi de nature à peser sur le choix de ces modes de gestion, indépendamment de l'efficacité recherchée.

L'auteur précité, M. BABUSIAUX, ne préconise pas une uniformisation des modes de gestion, au contraire, le principe d'une compétition entre ces différents modes d'externalisation stimule l'émulation.

« Ce qu'il faut, c'est d'aller dans le sens d'une comparabilité, de la transparence et de la réversibilité ».

b. Les préconisations : rationaliser le droit de la commande publique

Dans son article paru dans la Revue du Trésor, M. BABUSIAUX fait quatre préconisations qui nous ont semblé intéressantes à ce stade :

- favoriser la comparabilité en tentant d'unifier les méthodes comptables et supprimer les différenciations, notamment en matière de fiscalité, de redevances et de subventions.
- progresser dans la transparence : étendre aux autres modes de gestion mes obligations de rapport annuel existants déjà pour les délégations et les SEM, élaborer des indices de performance et des instruments comptables faisant apparaître le coût global d'un service (qu'il soit géré directement ou confié à une entreprise).
- faciliter le passage du personnel d'un mode de gestion à un autre
- mettre en cohérence les seuils de mise en concurrence en matière de marchés et de délégations, pour éviter qu'un seuil plus bas en matière de délégations pénalise cette formule pour de pures raisons de procédure.

Les attentes des usagers sur la qualité des services publics, le souhait de beaucoup d'élus de parvenir à une gestion optimale des services dont ils ont la responsabilité et le redressement des finances publiques sont autant de raisons pour rationaliser et réformer le droit de la commande publique.

Comparativement aux solutions présentées par les autres montages, l'option contrat de partenariat quant à elle, semble plus optimale en termes, notamment :

- de performance (la rémunération pouvant être étroitement liée à des critères de performance et de qualité dans l'exécution de la prestation),
- de coût global,
- et de partage des risques (Cf. infra.).

Parallèlement, la présentation des avantages induits par la solution du CP ne saurait être exagérément détaillée :

« le contrat de partenariat demeure un contrat complexe auquel les personnes publiques recourent faute de savoir quelles solutions permettraient de répondre au mieux à leurs objectifs ¹⁴⁸ ».

¹⁴⁷ Loi du 29 janvier 1993

¹⁴⁸ *Rapport Commissariat au Plan, p. 41*

Nous allons voir à présent en quoi les Sociétés d'Economie Mixtes (SEM), autre mode d'externalisation des services publics, peuvent constituer des structures d'accueil des PPP.

B) Les Sociétés d'Economie Mixtes locales (SEML) : avens des partenariats public-privé ?

Apparues à la fin du XIXe siècle, les sociétés d'économie mixte locales ont vu leur nombre doubler depuis vingt ans et conservent aujourd'hui une place économique importante.

La part des actionnaires privés au sein de leur capital, comme leur implication dans le management de la société, vont en s'accroissant, les collectivités locales n'en gardant pas moins un rôle prééminent.

Par ailleurs, les structures d'économie mixte telles que les SEM sont fréquemment utilisées pour des projets de PPP.

Le dynamisme des Sem et l'intérêt qui leur est porté par un nombre croissant d'interlocuteurs de nombreux pays amena Loïc Le MASNE, ancien président de la Fédération Nationale des SEM (FNSEM)¹⁴⁹, à qualifier les SEM de «*partenariats public-privé à la française, promis à un bel avenir, en France, et peut-être même ailleurs*».

Aujourd'hui, «*il y a 1158 sociétés d'économie mixte locales en France, qui emploient au total 65.700 salariés et génèrent chaque année un chiffre d'affaires de 13 milliards d'Euros*»¹⁵⁰.

».

Leur essor depuis 20 ans s'inscrit dans le même sillage que celui des PPP : la volonté des collectivités locales de disposer d'outils adéquats pour exercer leurs nouvelles compétences dans un contexte de décentralisation.

Les principaux champs d'intervention des Sem sont les transports, le renouvellement urbain et l'aménagement, le logement, les loisirs, le tourisme, le développement économique, les réseaux d'eau et d'énergie et les nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Ainsi, les SEM ayant pour objet l'exercice de services ou d'activités d'utilité publique, elles constituent naturellement des structures d'accueil pour les PPP.

Parmi les différents exemples de partenariat public privé recensés par la FNSEM¹⁵¹, la Sem se caractérise par cinq points que l'on a tenté de résumer :

- Un partenariat public privé obligatoire :

La SEM constitue le seul type de Société Anonyme dans lequel les collectivités locales françaises sont autorisées à prendre des participations. Or leur capital est obligatoirement mixte :

- à la différence des autres Etats membres de l'Union européenne où les collectivités locales peuvent détenir jusqu'à 100% du capital d'une société anonyme et optent le plus souvent pour une telle solution, le plafond de participation des collectivités locales françaises est limité à 85%. Il résulte de cette participation majoritaire que les Sem sont à la fois des entreprises publiques locales et des sociétés d'économie mixte

¹⁴⁹ www.fedsem.fr/

¹⁵⁰ Sources : fédération nationale des SEM

¹⁵¹ Les SEM, entreprises du partenariat public-privé, référentiel (février 02) FNSEM

- aux côtés des collectivités locales doivent figurer, pour un montant minimum de 15% et maximum de 49%, d'autres actionnaires.

- Un partenariat public privé institutionnel :

Le partenariat public privé sous la forme d'une SEM ne consiste pas simplement en un lien contractuel ou financier plus ou moins formalisé. « *Il est intrinsèquement sociétal, puisqu'il se traduit par la constitution d'une personnalité juridique commune, l'opérateur, qui rassemble des actionnaires publics et privés.* »

Un tel mode de fonctionnement, où les actionnaires se choisissent librement, contribue à la sécurité comme à la stabilité du partenariat public privé, ce qui est particulièrement nécessaire pour les opérations risquées de développement et de cohésion territoriale.

- Un partenariat public privé pérenne :

Les SEM françaises sont apparues il y a près d'un siècle, leur nombre a plus que doublé depuis 1980. Et si l'on constate que la création d'un nombre significatif de Sem résulte de la transformation de régies, l'évolution vers une privatisation totale est extrêmement rare, et la loi ne permet pas actuellement aux actionnaires privés de devenir majoritaires.

- Un partenariat public privé politiquement consensuel :

La SEM locale ne relève d'aucun courant idéologique.

« *Des élus de toutes les sensibilités politiques ont recours à cet outil. Les lois de 1983 et 2002 qui régissent le statut des Sem ont été votées à l'unanimité du Parlement* ».

- Un partenariat public privé perfectible, et en progression :

Dans la mesure où les collectivités locales françaises ne peuvent être propriétaires à 100% de sociétés anonymes, la SEM recouvre des réalités différentes.

Dans un nombre non négligeable de sociétés, le partenariat public privé n'est qu'apparent, puisque les collectivités locales y détiennent le montant le plus élevé possible du capital, soit 85%, aux côtés de « *Sleeping Partners* ».

On peut parler alors de « *partenariat public-public* ».

La dimension partenariale des Sem est réelle :

« Si les 2,4 milliards d'Euros composant le capital des Sem sont détenus à 64 % par les collectivités locales, 36 % soit plus de 850 millions d'Euros, appartiennent à d'autres actionnaires, ce qui est sensiblement plus que les 15 % minimum exigés par la loi. »

Mais pour autant, le partenariat public privé reste perfectible quand on examine quels sont ces actionnaires non collectivités locales :

- pour 12%, ce sont des banques, au premier rang desquelles la Caisse des Dépôts et Consignations, établissement public d'Etat. Mais aussi des groupes privés comme BNP-Paribas, Dexia ou la Société Générale. Ces banques constituent les partenaires financiers, et tout particulièrement les prêteurs des collectivités locales et de leurs Sem, aussi souhaitent-elles en être actionnaires pour être le mieux possible informées sur leur fonctionnement et leurs activités.

- pour 16 %, il s'agit d'organismes à caractère institutionnel très impliqués dans le développement local, et qui à ce titre, souscrivent au capital des Sem, entreprises de référence pour la mise en œuvre de ce développement local : chambres de commerce et d'industrie, chambres des métiers et d'agriculture, constructeurs sociaux, associations

d'usagers ou de commerçants, syndicats d'initiative et office de tourisme, grandes entreprises publiques, (SNCF, EDF, GDF) ...

- les entreprises privées détiennent 10% du capital des Sem. Ces actionnaires sont le plus souvent de petites entreprises, dont l'activité s'étend sur une aire géographique limitée. Elles souscrivent au capital de Sem non dans l'attente d'un retour sur investissement direct du capital investi, mais pour participer au financement et au management d'un outil qui par son activité contribuera au développement comme à la cohésion du territoire sur lequel elles exercent l'essentiel de leur activité,

- Un partenariat public privé très variable selon les métiers exercés

La situation est en effet très différente selon le type de Sem.

- Pour les 580 Sem d'aménagement et de construction, le partenariat public privé réside essentiellement dans le choix, par les collectivités locales, à travers l'outil Sem, d'une forme juridique de droit privé, plus simple que la régie directe ou les autres formes juridiques existantes (établissement public, organisme HLM ...). Dans ces Sem, les collectivités locales, nettement majoritaires, ont comme partenaires des organismes ou institutions publics ou para-publics. Si le partenariat public-privé apparaît, c'est essentiellement du fait de la privatisation de certains de ces actionnaires. Ainsi, en moins de 20 ans, la Caisse des Dépôts et Consignations a donné naissance à deux groupes bancaires concurrents, la CDC et Dexia, qui sont en voie rapide à la fois d'internationalisation et de privatisation.

- Pour les 578 Sem de services, le partenariat public privé est à la fois juridique (une structure de droit privé au sein du pôle public) mais aussi fréquemment économique. Les actionnaires privés, qui le plus souvent sont les PME évoquées plus haut, font le choix d'être présents au capital de la Sem dès sa création, pour un montant souvent significatif. On trouve également dans une centaine de Sem, essentiellement de réseaux (énergie, eau, déchets) les grands groupes privés internationaux et nationaux.

En conclusion sur les SEM, nous pouvons résumer en disant que les SEM sont une illustration du partenariat public-privé efficaces. Toutefois, les collectivités ou leur groupement doivent détenir plus de la moitié du capital social et des droit de vote, alors que les actionnaires privés doivent quant à eux y détenir une part minoritaire de 15 % minimum.

Il semble donc peu probable que cet instrument intéresse les partenaires privés pour mettre au point leur contrat de partenariat au sens de l'ordonnance de 2004.

Certains auteurs appellent à une réforme « *volontariste et moderne* »¹⁵² des SEM locales pour relancer l'économie mixte au niveau local.

Toutefois, les SEM nous semble intéressantes dans la mesure où elles peuvent constituer des « *relais utiles pour structurer la participation du secteur public aux contrats de partenariat* ».¹⁵³

En ayant fait un stage au sein de la SEM d'aménagement, de construction et d'exploitation de parcs de stationnement : Lyon Parc Auto, il était tentant d'appliquer la problématique des contrats de partenariat à cette structure d'économie mixte et de voir dans quelle mesure ces contrats pourraient être envisagés.

a. « Zoom » sur Lyon Parc Auto :

¹⁵² P. DELELIS, PPP et développement local ; collectivité-intercommunalité, mars 2003, p. 6

¹⁵³ F LICHÈRE, pratique des PPP, Litec, p.104

Exemple de comparaison entre un contrat de partenariat et une concession

L'article 2 des statuts de LPA définit l'objet social de la société lequel concerne :

- L'étude et la construction de parcs de stationnement et de toutes autres installations
- La vente, la location, la gestion et l'exploitation de ces constructions ou de toutes autres réalisations de même nature,
- Toutes activités complémentaires se rapportant aux objets définis ci-dessus : études, opérations mobilières ou immobilières, opérations commerciales...

Dès sa création en 1969, LPA s'est vue confiée par le Président de la Communauté Urbaine, Louis Pradel, la construction de 5 parcs.

Actuellement, LPA exploite selon le mode des concessions de service public, généralement d'une durée de 25 ans, 26 parcs publics de stationnement et 3 autres sont en construction.

LPA a été créée dans un esprit particulier dans la mesure où les parcs de stationnement construits ou même rénovés ne sont pas financés par la collectivité (impôts, subventions) mais par les recettes propres de la société. Ces recettes proviennent pour la plus grande majorité des utilisateurs des parcs de stationnement ou de la voirie.

La gestion des parcs et de la voirie a dégagé un résultat d'activité d'un montant de 37 millions d'euros en 2007.

Le résultat d'activité permet de couvrir les charges découlant des programmes d'équipement et d'entretien des parcs en activité, ainsi que les charges financières relatives au financement de la construction des nouveaux parcs.

Le chiffre d'affaires de LPA est composé :

- Du produit de l'activité des parcs (tickets horaires, abonnés) perçu dans les 22 parcs exploités par LPA (18 000 places environ)
- De la rémunération de gestion perçue essentiellement au titre de la gestion de la voirie lyonnaise (16 000 places)
- D'activités annexes : loyers, conseils aux collectivités

Dans le cadre de notre étude, nous pouvons nous interroger sur la problématique suivante :

Peut-on envisager un contrat de partenariat public-privé à la place des traditionnelles concessions de service public pour l'aménagement, la construction et l'exploitation de parcs de stationnement ?

b. La notion de risque :

Le régime de la concession de service public, qui emporte transfert de la maîtrise d'ouvrage de l'opération et délègue l'exploitation « aux risques et périls du concessionnaire », est un mode de relation contractuelle entre partenaires publics et privés efficace et qui a été largement diffusé.

Par principe, dans ce mode de relation contractuel, les risques relatifs à l'opération sont transférés au partenaire privé.

L'existence d'une possibilité de rémunération sur l'utilisateur, couvrant les coûts initiaux d'investissement et de financement ainsi que les coûts d'exploitation du service, est donc l'élément clé du dispositif contractuel de la concession de service public.

Or, il existe des activités (en particulier celles liées aux activités de tourisme et loisirs) dont les recettes sont trop aléatoires sur la durée de l'opération pour s'inscrire dans un schéma de concession.

Il en résulte alors le choix du recours à un mécanisme concessif, s'il est logique sur le plan juridique, n'est souvent pas optimal sur un plan financier.

Le partage des risques entre collectivité et partenaire privé comme l'institue le contrat de partenariat peut alors constituer une alternative.

Cependant, concernant l'exemple de LPA, le résultat d'activité permet de couvrir les charges découlant des programmes d'équipement et d'entretien des parcs en activité, ainsi que les charges financières relatives au financement de la construction des nouveaux parcs.

On aura donc compris que le recours au mode concessif est donc optimal d'un point de vue financier.

c. Les contrats de partenariat : une solution pour les « parcs relais » :

Dans le cadre de mode de déplacement « *multimodaux* », les villes développent de plus en plus les parcs relais.

Ces parcs, à proximité bouches de métro par exemple, permettent aux personnes de garer leur véhicules toute la journée en dehors du centre-ville. Ces personnes utilisent ensuite les transports en commun pour leur déplacement et récupèrent ensuite leur voiture.

La multi-modalité a pour but de désencombrer le centre-ville des voitures et permet une utilisation maximum des transports en commun afin de limiter la circulation et donc la pollution.

Cependant, pour être attractif, ce système ne doit pas comporter de coût supplémentaire pour les usagers.

Dès lors, les parcs relais devant être au prix le plus bas possible pour le citoyen, l'exploitation de ces parcs ne pourra pas suffisamment couvrir les charges du délégataire.

Dans ce contexte, les contrats de partenariat pourraient présenter des avantages compétitifs importants par rapport aux marchés publics et aux concessions dans le secteur des parcs-relais, en termes de « *bancabilité* » comme de service rendu à l'utilisateur.

Les parcs-relais constituent des services qui ne peuvent être assurés que moyennant la construction préalable d'une infrastructure essentielle coûteuse (en moyenne un parc coûte 30 millions d'Euros).

Supportant le risque d'exploitation, le concessionnaire a tout intérêt à ne pas desservir ces zones où le tarif proposé aux usagers est très bas, et si l'autorité publique délégante le subventionne à ces fins, le contrat de délégation de service public encourt la requalification en marché public.

Le contrat de partenariat pourrait à l'inverse présenter en la matière deux avantages :

- Tout d'abord, s'agissant d'opérations nécessitant de lourds investissements, les banques accepteront plus aisément de s'engager dans la transaction (la bancabilité d'un projet étant subordonnée à un certain ratio "coût du projet/coûts de transaction"). La créance de la banque sur l'opérateur en CP prend la forme d'un loyer versé par une collectivité publique, présentant donc un risque "secteur public", par essence très faible.

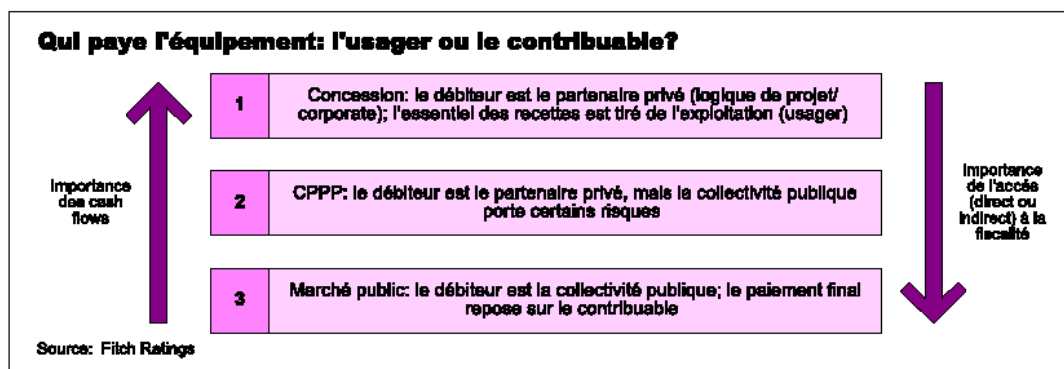
- La possibilité de voir les risques partagés entre secteur public et secteur privé avec rémunération du partenaire sur le long terme en conséquence.

Dans cette perspective, le contrat de partenariat peut favoriser la cohésion territoriale et le développement de la multi-modalité, gage d'une ville propre, débarrassée des problèmes de circulation.

Ainsi, nous avons tenté d'illustrer la perspective d'un PPP en matière de stationnement¹⁵⁴. Si en l'état actuel la délégation de service public paraît le mode de gestion le plus optimal, le Contrat de partenariat pourrait être envisagé dans le cadre de parcs-relais, encore faut-il démontrer les conditions d'urgence et de complexité.

L'alternative DSP/PPP peut se résumer au travers des deux schémas suivants¹⁵⁵ :

Ce schéma est à consulter sur place au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon



Nous avons tenté dans cette deuxième partie de décrire les modalités propres à cette évaluation « pluridisciplinaire » et « multicritère¹⁵⁶ », rendue obligatoire pour les contrats de partenariat.

Dans ce contexte, on peut se demander quelles seront les modalités de contrôle de cette obligation, quel serait l'impact d'une absence d'évaluation ou d'une évaluation qui ne justifierait pas de manière satisfaisante le recours au contrat de partenariat.

Dans son ouvrage, François LICHÈRE nous fournit une réponse :

« Le juge administratif peut sanctionner d'une part les personnes publiques n'ayant pas conduit d'évaluation et d'autre part, celles qui ayant conduit une évaluation auront commis une erreur de qualification des faits qui les aura conduit à choisir par exemple un contrat de partenariat au lieu d'une délégation de service public ».

Nous pouvons noter que cette évaluation préalable, qui ne préjuge pas du résultat final, semble être une bonne pratique de gestion. Celle-ci pourrait être amenée à se généraliser dès lors que plusieurs modes opérants pour une même opération pourraient être envisagés.

Il s'agit d'un chantier et d'une véritable révolution culturelle qui modifie les modalités de choix des modes de PPP quels qu'ils soient.

¹⁵⁴ Le premier parking en PPP a été annoncé fin mars 2007 par Achatpublic.com. La communauté d'agglomération de Châteauroux a choisi, au titre de l'urgence, de recourir à cette procédure pour la construction et la gestion technique d'un parking semi enterré de 700 places, pour répondre à un besoin urgent des entreprises désireuses de s'installer rapidement dans une zone de bureau sur un site reconverti. L'exploitation du parking fera cependant l'objet d'une DSP. Source : réseau intersem, revue d'avril 2007, N°6, p 11.

¹⁵⁵ Source : IGD

¹⁵⁶ F. LICHÈRE, pratique des ppp, Litec, p 70.

Nous allons voir à présent choisir comme terrain d'étude le secteur public local et voir comment s'opère cette révolution culturelle au sein des collectivités locales plus spécifiquement. Nous verrons aussi quels sont les coûts cachés issus de l'externalisation de la dépense sur lesquels elles devront se montrer vigilantes.

PARTIE III : Quelles conséquences financières pour le secteur public local ?

Dans notre première partie, nous avons tenté de démontrer en quoi on pouvait parler des partenariats public-privé en tant qu'héritage plutôt qu'innovation, adaptation plutôt qu'invention

La réforme, qui a donné lieu en réalité à de nouvelles formes de partenariats public-privé – d'abord sectorielles (dans les domaines de la santé, la justice, la police et la défense nationale) puis générales (les contrats de partenariat) – a été motivée par l'insuffisance des solutions apportées par le droit de la commande publique pour répondre aux objectifs des collectivités publiques.

Nous avons ensuite abordé d'exemple britannique, érigé comme modèle grâce à un fort rayonnement international et un bon équilibre coût/ délais avéré pour un certain nombre de projets.

Cependant, nous avons choisi d'aborder aussi les problèmes et les difficultés liés aux *Public Finance Initiative*, qui se traduisent notamment par une baisse du niveau qualité du service public et un fort déséquilibre au profit des consortiums privés.

Suite à ce constat quelque peu alarmant, nous avons tenté dans notre deuxième partie de rédiger sous forme d'un clausier, les bonnes pratiques à adopter pour qu'un équilibre soit trouvé entre personne publique et personne privée à l'aune où les PPP sont souvent perçus comme une solution miracle.

Ainsi, nous avons abordé d'une manière qui se voulait pratique, les notions de risques, d'évaluation préalable et la comparaison modes de gestion dits « traditionnels ».

Aujourd'hui les PPP répondent-ils aux attentes qu'on a placées en eux ?

Ce questionnement va être appliqué aux collectivités locales dans un premier temps et sera envisagé sous trois angles :

- les enjeux politiques et budgétaires propres à favoriser ou, le cas échéant, contraindre l'usage des PPP par les responsables locaux (Chapitre I),
- les « coûts cachés » inhérents à l'externalisation de la dépense (Chapitre II)
- et enfin dans une démarche prospective l'angle de la réforme de l'action publique au travers de ces PPP (Chapitre III).

CHAPITRE I- Partenariats Public Privé et Collectivités : Quel avenir ?

Aujourd'hui, la contribution des acteurs locaux dans les dépenses publiques d'investissement occupe une part largement prépondérante.

Les collectivités locales et leurs groupements ont en charge de répondre à un certain nombre de besoins collectifs.

Les services publics locaux concernent un ensemble de secteurs de proximité dont la tendance est à l'élargissement compte tenu :

Si l'on se réfère au Rapport du Commissariat au Plan intitulé « *Partenariat public-privé et actions locales* », sont concernés les secteurs de :

- l'eau (distribution et assainissement) ;
- les déchets (collecte et traitement/ épuration) ;
- l'énergie (distribution de gaz et d'électricité) ;
- le chauffage urbain (gestion des réseaux) ;
- le stationnement ;
- les transports (en termes d'équipements et d'infrastructures) ;
- les services funéraires et crématoriums ;
- les TIC (télécommunications, Internet moyen et haut débit)
- les loisirs (tourisme, sport, activités culturelles) ;
- la restauration collective et scolaire ;
- les équipements accueillant des services publics sociaux (à destination notamment de populations âgées, précaires ou en incapacité).

Les partenariats public-privé comportent des innovations importantes concernant le mode de gestion des services publics locaux et peuvent ainsi constituer un nouveau mode d'action publique locale (I).

Cependant, quelques éléments nous poussent à dire que ce mode de gestion reste perfectible car il existe quelques incohérences qu'il nous a semblé important de signaler (II).

I) Un nouveau mode d'action publique locale :

Selon le rapport du commissariat au Plan, les contrats de partenariat créent au moins deux types d'innovations majeures dans les modes d'action publique (au-delà de la question des apports au pur plan du droit de la commande publique).

A) La logique d'évaluation juridique et économique préalable :

Aujourd'hui, des réflexions sont conduites dans diverses instances pour tenter de valoriser l'utilité socioéconomique des projets publics suivant leurs modes de gestion

C'est du reste toute la problématique de la Charte des Services Publics Locaux du 16 janvier 2002¹⁵⁷, qui définit une série d'objectifs visant à garantir "*la qualité et la performance [des services publics] et favoriser la cohésion tant sociale que territoriale*".

Dans cette optique, l'évaluation préalable pourrait à l'usage dépasser le strict champ de son objet et inciter les collectivités locales à mieux déterminer les avantages comparatifs

¹⁵⁷ Charte signée par l'Association des maires de France (AMF), l'Association des maires des grandes villes de France (AMGVF), l'Assemblée des départements de France (ADF), l'Association des régions de France (ARF) et l'Institut de la gestion déléguée (IGD)

et les coûts relatifs des différentes solutions dont elles disposent pour mener à bien des projets d'utilité publique.

Le bénéfice que la collectivité pourra tirer du calcul économique est cependant tributaire de la capacité de l'État à renforcer ou à créer en son sein des dispositifs appropriés d'évaluation de politiques publiques.

Les principaux objectifs de la Charte des services publics locaux¹⁵⁸ :

*

- la clarté des rôles entre autorité organisatrice, usager et opérateur,
- la réversibilité des choix dans les modes de gestion,
- la mise en place d'indicateurs de performance pour comparer les différentes options (régie/délégation),
- la recherche d'un équilibre entre incitation de l'opérateur et diffusion des gains de productivité au bénéfice du progrès social, économique et environnemental.

B) La logique de fourniture d'un "package" de prestations de service :

La personne publique achète non pas un ouvrage mais un service à son partenaire, service qui consiste à réaliser mais surtout à assurer l'entretien régulier d'un équipement utile à la collectivité.

« Cette nouvelle approche globale conduit à une dépréciation relative du critère du moins-disant sur la phase de la construction, pour lui privilégier celui de l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁵⁹ ».

En effet, pour leur part, les entreprises sont dans l'obligation de considérer davantage la durée de vie de l'ouvrage (et de son utilité socio-économique) que la durée de sa seule construction.

En synthèse, le contrat de partenariat contraint à la prise en compte du long terme dans des domaines où auparavant les regards publics et privés avaient tendance à se focaliser sur le court terme (la construction).

Il oblige également le secteur public et le partenaire privé à dialoguer en bonne intelligence dans un objectif commun d'amélioration des services publics.

C) Les contrats de partenariat : un instrument de développement économique pour les collectivités locales

En cas d'utilisation raisonnée du contrat de partenariat, nombreux sont ceux qui, à l'instar du président de l'Institut de la gestion déléguée Claude Martinand, pronostiquent une relance de la croissance économique française¹⁶⁰.

Cette perspective optimiste se fonde sur les avantages socio-économiques qui s'attacheraient à l'usage des contrats de partenariat et plus généralement des PPP dans des secteurs stratégiques (santé, éducation, NTIC, réseau ferré, énergie, environnement, infrastructures...) :

¹⁵⁸ (La Documentation française, juin 2005).

¹⁵⁹ Voir rapport commissariat au Plan.

¹⁶⁰ cf. colloque "Les Échos", 19 mai 2005

“Le lancement de PPP stratégiques sur une échelle suffisante, de l’ordre de 10 milliards d’euros par an après une montée en puissance de trois ou quatre ans, pourrait, selon les élasticités macro-économiques habituelles, apporter de 0,2 % à 0,4 % de croissance annuelle en plus, soit des créations d’emplois annuelles nettes supérieures à 50 000. Les PPP stratégiques sont des fers de lance au service d’un État stratège pour accélérer le retour de l’économie française sur un sentier de croissance rapide¹⁶¹”.

Dans un contexte marqué par le ralentissement de la croissance économique française, la priorité donnée par le Gouvernement à l’emploi et la volonté de donner vie aux ambitions de la « *Stratégie de Lisbonne*¹⁶² », les économistes s’accordent pour dire que l’efficacité de la relance dépend de la qualité des investissements retenus et non des montants des dépenses engagées.

La question de la mesure de l’utilité socio-économique des projets est donc déterminante.

Enfin, avec 68,6 % des dépenses d’investissements publics¹⁶³, les collectivités territoriales sont les premiers acteurs du développement local. L’usage du contrat de partenariat pourrait leur permettre pour certains projets de répondre mieux et plus rapidement aux attentes d’infrastructures et de services publics dans le seul souci de l’intérêt général.

Au regard de quelques incohérences présentes dans l’ordonnance mettant en œuvre les contrats de partenariat, le Commissariat au Plan et certains auteurs se sont attachés à faire quelques propositions pour qu’à l’avenir il n’y ait plus de confusions et pour que les PPP puissent répondre aux attentes qu’on a placé en eux.

II) Les Pistes d’évolution proposées

Pour que les collectivités locales puissent mettre à profit les contrats de partenariat, dispositif que l’État a jugé utile d’instituer, le Commissariat au Plan, dans le rapport précité propose un ensemble de pistes d’évolution qu’il nous a semblé utile de mentionner.

A) L’amélioration de l’ordonnance n° 2004-559 :

Le commissariat suggère une réécriture partielle de l’ordonnance en ce qui concerne l’indemnisation des entreprises non retenues.

Actuellement, l’article 7 de l’ordonnance et l’article L. 1414-7 du CGCT indiquent qu’*“Il peut être prévu qu’une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées”*.

« Nous préconisons que le législateur rende l’indemnisation obligatoire au moins pour les deux candidats les mieux placés sur la short list après le candidat retenu (ou les deux meilleurs candidats stricto sensu en cas d’abandon du projet en cas de négociations avancées).

¹⁶¹ C. Saint-Étienne, dans rapport commissariat au Plan précité.

¹⁶² Conseil européen des 23 et 24 mars 2000

¹⁶³ Observatoire des finances locales, juillet 2005,

Cette indemnisation nous semble devoir être obligatoire pour favoriser une concurrence effective sur les projets en partenariat, la présentation de solutions techniques et financières performantes étant très coûteuse pour les entreprises, notamment les groupements de PME que l'ordonnance ambitionne pourtant ne pas défavoriser. »

En effet, cette proposition semble intéressante car les entreprises, même protégées par l'exigence de confidentialité qui pèse sur les personnes publiques, hésiteront à divulguer des « *process innovants en phase de dialogue compétitif* » si elles ne sont pas indemnisées en contrepartie à hauteur au moins d'une part substantielle des études engagées.

B) La clarification des textes

- Le commissariat au Plan s'étonne de la présence d'une contradiction entre les termes de l'article 2, dernier alinéa, de l'ordonnance¹⁶⁴ et ceux des décrets pris sur son fondement.

En effet, l'ordonnance dispose que *“l'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret”*, ce qui laisse à supposer un caractère systématique sinon prescriptif de la consultation auprès de la mission d'appui à la création des contrats de partenariat ou de l'organisme expert Défense.

Pourtant, la lecture des décrets instituant de tels organes exclut clairement l'hypothèse d'une consultation qui serait obligatoire pour les collectivités.

En ce sens, l'article Premier du décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat dispose qu'*“il est créé un organisme expert chargé de procéder en liaison avec toute personne intéressée à l'évaluation prévue à l'article 2 de l'ordonnance susvisée”*.

Il y a là une ambivalence des termes qui est de nature à soulever des inquiétudes inutiles quant à la sécurité de la passation des contrats de partenariat.

- En outre, reste en suspens la question du délit de favoritisme : il semble que les contrats de partenariat échappent à ce risque pénal.

En effet, l'ordonnance sur les contrats de partenariat n'a pas modifié l'article 432-14 du code pénal relatif au délit de favoritisme.

Dès lors, ce délit ne vaudrait que pour les marchés publics et les délégations de service public.

Le Conseil d'Etat a estimé que les auteurs de l'ordonnance n'avaient pas méconnu la portée de la loi d'habilitation en s'abstenant de modifier cette disposition afin d'en étendre le champ d'application au cas de l'attribution d'un contrat de partenariat¹⁶⁵.

En outre, les conclusions du commissaire du gouvernement sont muettes sur ce point¹⁶⁶.

Cette situation peut être discutée à deux titres¹⁶⁷ :

- Nul n'ignore que le contrat de partenariat s'inscrit dans la lignée du METP « *et chacun sait également que cette dernière formule juridique a donné lieu à des pratiques pour le moins contestables au début des années 1990* ».

¹⁶⁴ Équivalent de l'article L. 1414-2 dernier alinéa du CGCT

¹⁶⁵ CE 29 octobre 2004, Sueur et autres, AJDA 2004, p.2383

¹⁶⁶ Conclusions de Didier CASAS, RFDA 2004, p.1103

¹⁶⁷ Voir en ce sens l'article de Bernard Boyer et Fabrice Melleray dans l'AJDA 2005, p. 913

Cela signale que les contrats globaux, étant complexes et conclu pour une longue durée, portant sur de nombreuses prestations, peuvent faciliter les arrangements douteux et méritent donc un contrôle attentif.

- Il est paradoxal, que, suivant la technique contractuelle retenue par l'administration pour confier à un opérateur privé une mission globale, la violation des règles relatives à l'égalité d'accès et à l'égalité des candidats fasse, dans certains cas, l'objet d'une lourde sanction (jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende) et dans d'autres d'aucune sanction.

Ainsi, il faudrait également clarifier l'ordonnance et la loi pénale par étendre le champ du délit de favoritisme ou le recadrer.

C) Pédagogie, information et consultation par l'État à destination des responsables locaux : Un point crucial

Certes, la conduite des projets en PPP est grandement favorisée par le recours à l'expertise des missions d'appui, mais

« encore faut-il que les acteurs locaux soient sensibilisés en amont aux enjeux de la réforme et surtout qu'ils puissent exprimer leurs questions et réserves afin que l'État puisse y apporter des réponses »¹⁶⁸.

Les rédacteurs du rapport suggèrent donc :

– « l'organisation de journées de formation tout à la fois extrêmement pédagogiques et fournissant aux participants des informations très précises sur les contrats de partenariat et plus généralement les PPP ;

– la réalisation d'une consultation auprès des collectivités locales se donnant pour objet de déterminer les attentes des élus. »

En réalité, une des conditions de succès des PPP réside avant tout dans un véritable changement culturel :

Le secteur public devra se concentrer sur son cœur de mission :

- définir un programme des besoins, déterminer les objectifs de performance, contrôler leur respect, privilégier le « *faire-faire* » plutôt que le « *faire* ».

- passer d'une logique d'objectifs de moyens à une logique d'objectifs de résultats

- viser non plus l'achat de l'ouvrage, mais l'achat d'un service, celui de disposer d'un ouvrage géré, entretenu et exploité.

Les entreprises et les industriels devront apprendre à s'impliquer à long terme afin de « *garantir les performances dans la durée* »

En outre, il faut faire en sorte que les PME puissent se doter des moyens de répondre à cette exigence, au besoin en se regroupant.

Enfin le secteur financier devra apprécier « *le risque à sa juste valeur* » et prendre réellement en compte la dimension de long terme qui suppose de donner plus d'importance à la « *robustesse des montages* ».

« Le changement de culture ne se décrète pas, il passe par une action de

¹⁶⁹

sensibilisation et de formation de grande ampleur ».

Comme on l'a dit précédemment, du côté des collectivités locales la constitution de pôles de compétences pluridisciplinaires peut être envisagée, pour organiser la mutualisation d'un certain nombre de fonctions.

D) La finalisation du dispositif comptable et budgétaire transitoire

Le dispositif transitoire applicable aux collectivités locales souffre de certaines contradictions avec la décision d'Eurostat qu'il conviendra de solutionner.

Par ailleurs, la question de la transcription comptable des opérations en contrat de partenariat est suffisamment sensible du point de vue des responsables locaux pour que l'État apporte en la matière des éléments de compréhension beaucoup plus précis.

On peut donc s'apercevoir, à la lecture des recommandations du Commissariat au Plan que cette méthode reste perfectible.

Entre outre, on peut lui opposer de nombreux coûts cachés qui, à notre sens sont peu exposés par la doctrine.

CHAPITRE II- Externalisation de la dépense : Les coûts cachés

Le taux d'endettement des collectivités locales s'est stabilisé depuis la fin des années 1980 mais « *on constate depuis deux ans un nouvel infléchissement des finances publiques locales lié à la montée en charge plus rapide des dépenses par rapport à l'évolution des recettes* ».

Les collectivités locales et leurs groupements à fiscalité propre ont plutôt eu tendance à augmenter leurs dépenses d'investissement hors dette depuis 1997¹⁷⁰,

« ce qui traduit l'importance de leurs besoins en termes de construction,

¹⁷¹

renouvellement et modernisation d'équipements et d'infrastructures ».

Il ne faudrait cependant pas se fonder de manière univoque sur l'état de raréfaction des finances publiques pour privilégier la solution des contrats de partenariat, en effet, l'externalisation des dépenses vers le partenaire comporte aussi des coûts.

Le professeur F. Linditch a rédigé un article¹⁷² très intéressant qui apportent des éclairages nouveaux quant au principe de l'externalisation des dépenses.

¹⁶⁹ P. VANDEVOORDE, *les ppp en France à la croisée des chemins, revue du Trésor* p 309

¹⁷⁰ +4,6 % par an en moyenne jusqu'en 2003, source : rapport du Commissariat au Plan préc.

¹⁷¹ Rapport commissariat au Plan p. 55

¹⁷² Florian Linditch, « Les ppp, vecteurs d'externalisation et de déconsolidation, quelques interrogations de nature financières ».

Article parue dans la revue Droit Et Ville, suite au colloque sur les PPP de juin 2005 à Toulouse.

Selon l'auteur, ils sont facteurs d'un certain nombre de coûts cachés qu'il convient de prendre en considération pour que la personne publique bénéficie d'un éclairage sur les coûts réels d'une opération de PPP.

I) Les coûts d'expertise technique et juridique :

Nous avons eu l'occasion de voir en quoi la pratique des PPP tient à une correcte évaluation de l'équilibre des obligations stipulées.

Cependant, pour tenter de les prévenir, F. Linditch note que les parties devront en fait s'engager dans des dépenses importantes.

A) Frais d'études préalables à la conclusion du contrat de partenariat

Si l'on se place du côté des collectivités, elles devront intégrer les frais liés au recours à « l'ingénierie juridique ».

Celle-ci aura un rôle important dans la réalisation d'études complexes et la phase de négociation.

« Selon le syndicat canadien de la fonction publique, le contrat de PPP du métro de Londres représente à lui seul 28 000 pages »¹⁷³

B) Les coûts de suivi des contrats :

Selon l'expérience britannique, les services publics gérés selon des contrats de partenariat induisent une modification structurelle de l'administration.

Une gestion différente du personnel devra être prévue, ce qui comporte nécessairement un coût :

- reclassement des personnels affectés à l'entretien, ceux-ci étant remplacé par du personnel privé
- mise en place d'un service de suivi du titulaire
- mais aussi, identification des besoins des citoyens en biens et services sociaux, en qualité et en quantité

II) Les coûts indirects liés au risque politique

Selon le même auteur, il y aura lieu d'appréhender « les coûts liés à la dépendance des autorités publiques vis-à-vis de l'entreprise partenaire ».

Selon le professeur Vincent Wright, professeur à l'Université d'Oxford, il est à redouter que l'autorité publique ne soit

« à la merci, juridiquement et politiquement, de toute menace de révocation et de l'entente par la partenaire privé »¹⁷⁴.

Alors même que le contrat l'exclurait, du fait du partage des risques, plusieurs facteurs tendent de facto à instaurer une « coresponsabilité » :

¹⁷³ Voir site www.scfp.ca

¹⁷⁴ V. WRIGHT, *L'effacement de la ligne de démarcation entre public et privé, centre canadien de gestion, 2001, p122.*

- la copaternité du projet
- la crainte de la défaillance du titulaire

Ces risques devront être appréciés en amont afin de donner lieu à des clauses de garanties et de renégociation permettant de les traiter.

III) Les coûts du crédit :

En principe, « l'endettement privé est plus onéreux que l'endettement public, car l'Etat bénéficie d'une cotation plus favorable que tout emprunteur privé. L'écart de ce taux peut atteindre 3 points de base dans le cadre d'un contrat public-privé ¹⁷⁵ ».

Ce risque est identifié mais il est loin d'être totalement cerné.

En effet, plusieurs facteurs d'augmentation des charges financières sont mal maîtrisés dans la culture administrative.

« Il conviendra par exemple d'anticiper et d'évaluer au plus juste la hausse des taux d'intérêts liées au risque de solvabilité supplémentaire auquel le cocontractant expose les établissements financiers ».

La possibilité de diminuer le coût de financement au travers de la « *bancabilité* », c'est-à-dire l'appréciation des risques pris par les parties et des garanties qui peuvent être offertes aux banquiers, devra être également étudiée.

Enfin, il faudra également tenir compte du fait que les frais financiers liés au PPP sont soumis à la TVA, contrairement à ceux de la dette classique ¹⁷⁶.

IV) L'aléa financier :

F. LINDITCH illustre la question de l'aléa financier par un exemple très médiatique : la concession du viaduc de Millau au groupe Eiffage.

Le titulaire a dû négocier un contrat ménageant ses intérêts contre les aléas financiers de tous ordres.

Trois hypothèses ont couvert le même contrat ;

- la prévision optimiste (17, 3%)
- la prévision médiane (12, 3%)
- la prévision pessimiste (9, 2%)

L'écart entre ces trois hypothèses en dit long sur la difficulté à déterminer l'économie du contrat.

Cependant les risques à mesurer sont très divers :

A) Les risques liés à la « sinistralité » des ouvrages réalisés :

¹⁷⁵ Rapport général du Sénat, LF/2004, tome I, préc.

¹⁷⁶ M. KOPFLER, La gazette des communes, 6 décembre 2004, p. 7

Il s'agit des risques techniques qui « *s'accroissent généralement par le fait que l'entreprise cumulera l'ensemble des fonctions de maîtrise d'ouvrage et de maîtrise d'œuvre, et de ce fait, s'autocontrôlera* ».

L'auteur illustre son propos en évoquant l'affaire du terminal E2 de Roissy.

A ce titre, un rapport de la Cour des comptes publié en 2003 faisait apparaître le risque lié au fait qu'Aéroport de Paris cumulait les fonctions de maître d'ouvrage, de concepteur et de conducteur d'opération.

B) Les risques que le titulaire essaie de réduire la qualité des prestations :

Comme on a pu le constater, un certain nombre PPP dans le milieu hospitalier se sont accompagnés de diminution majeure de qualité et d'accès au système de santé.

Certains surcoûts générés par ces dérives peuvent être facilement devinés :

- nécessité de pallier les carences en créant ou en maintenant des établissements gérés en régie dans les secteurs d'activités les moins rentables
- nécessité de modifier la réglementation et de mettre en place un corps d'inspection¹⁷⁷...

C) Les risques juridiques :

Ces risques juridiques sont assez variés : requalification du contrat et contestation de la procédure, discussion des clauses de la part des concurrents ou du titulaire...

« Sachant qu'il n'est pas rare que le juge administratif indemnise le manque à gagner pour des sommes de plus en plus importantes pouvant atteindre jusqu'à 10% du montant du contrat, ces risques ne doivent pas être sous-évalués et devront être intégrés en fonction de leur probabilité dans l'appréciation du coût global¹⁷⁸. »

En réalité, ces difficultés à valoriser le transfert de risque de gestion tiennent à la longue durée du contrat, le recours du titulaire à la sous-traitance, des mécanismes financiers complexes.

Ainsi, l'utilisation des PPP est notamment conditionnée par :

- l'apprentissage des collectivités locales et de leurs groupements en termes d'expertise juridique, financière et économique ;
- la réduction du risque juridique et économique qui inquiète aujourd'hui les élus.

On voit donc que les PPP sont un mode de gestion encore largement perfectible.

Cependant, les PPP pourraient être en mesure de changer la conjoncture. En effet, les collectivités territoriales sont parfois arrêtées dans leurs projets par la contrainte budgétaire sachant que les marges de manœuvre supplémentaires dépendent du bon vouloir de l'État (décision en matière de fiscalité, subventions, aides...).

Mais le partenariat public-privé devrait accélérer la réalisation des investissements que les pouvoirs publics n'ont pas toujours les moyens de financer.

¹⁷⁷ A. HARRISON, developing the public role in a mixed economy, King's Fund, nov. 2001

¹⁷⁸ F. LINDITCH, article du colloque précité

D'autre part, le contrat de partenariat devrait renforcer les responsables locaux dans leur capacité à réaliser des projets et donc conforter le processus de décentralisation en cours dans notre pays et pourra ainsi ouvrir des opportunités.

Les partenariats public-privé constituent donc une voie à exploiter pour les collectivités locales.

CHAPITRE III Les Partenariats Public-Privé : un outil de performance de l'action publique

Les ppp permettent de faire appel à l'expertise et à la capacité de montage et de financement du secteur privé en vue d'améliorer la compétitivité économique des territoires et le bien-être des populations.

« A terme, les PPP pourraient concerner au moins la moitié de la commande publique et un cinquième des dépenses de fonctionnement de l'ensemble des administrations publiques (hors intérêt de la dette), soit l'équivalent de 8 % du PIB ou plus du tiers de la dépense publique hors protection sociale et intérêt de la dette¹⁷⁹. »

De nombreux auteurs s'accordent pour dire que le succès de ces PPP devra se faire par un changement d'approche de l'Administration.

Cela passe notamment par l'introduction de critères de performance dans le droit de la commande publique (I) et par une bonne collaboration entre le secteur privé et l'Administration.

I) D'une action fonctionnelle à une action stratégique : l'introduction des critères de performance

Dans un partenariat public-privé deux logiques sont à concilier :

1. la logique du profit
2. la logique du service public

En effet, la logique d'une entreprise est celle du profit, elle n'en connaît pas d'autres au risque de disparaître. Dès lors les entreprises ne peuvent se satisfaire des rigidités des marchés publics et des délégations de service public : paiement différés, biens de retour, modification et résiliations unilatérales...

La mise en œuvre des contrats de partenariat devra contenter ces deux logiques.

Or, la logique du profit et la logique du service public ont trouvé un vrai terrain d'entente avec la logique de performance.

L'Etat et les collectivités locales doivent adopter une culture du résultat plutôt que de moyens.

¹⁷⁹ Voir article de C. SAINT-ETIENNE les ppp et la réforme de l'Etat, Revue du trésor p. 395.

Ainsi, l'action publique pourrait changer fondamentalement : on passerait d'une action fonctionnelle à une action stratégique permettant de définir les besoins dans un univers concurrentiel et de déterminer les politiques à mettre en œuvre pour y répondre.¹⁸⁰

Enfin, au lieu de subir les risques a posteriori, l'acteur public devra, avec l'aide des juristes, être en position de les anticiper et de les évaluer pour mieux les maîtriser.

En effet, le juriste aura un grand rôle dévolu par la personne publique.

Selon le Professeur J. Morand-Deville¹⁸¹, « *l'un des grands mérites des contrats de partenariat est de montrer l'indissolubilité de la réflexion économique et de la réflexion juridique* ».

A ce titre, elle cite Bruno Opettit pour qui, « *les relations de l'économie et du droit sont passées par trois phases successives : imbrication, antagonisme et désormais intérêt réciproque et réactivité.* »

Ainsi, les PPP passent une nouvelle culture de la part des donneurs d'ordres publics par l'importation dans le secteur public de certaines méthodes de gestion utilisées dans le secteur privé.

II) La nécessaire présence des entreprises privées au côté de l'administration :

Les partenariats public-privé permettront l'introduction de la culture d'évaluation au sein de l'Administration française.

Les recours aux partenaires privés peuvent aussi constituer des réponses intéressantes dans certains domaines¹⁸² qu'il nous a semblé intéressant de mentionner :

- le recours au privé peut être une réponse technique :

Le secteur privé peut être détenteur d'un savoir-faire et d'une expérience particulière dont ne bénéficie pas le secteur public. Les entreprises sont à même de mobiliser les partenaires les plus compétents dans leurs spécialités.

« *En fait, ces mécanismes permettent aux personnes privées de trouver une rémunération de leurs idées par la mise en œuvre de leurs idées* »

Par ailleurs, on pressent aujourd'hui que si les contrats de partenariat peuvent être envisagés pour une multitude de domaines, leur avantage comparatif par rapport aux solutions contractuelles classiques semble particulièrement significatif dans les domaines où les services externalisés sont les plus complexes et représentent des enjeux vitaux pour les entreprises.

Les contrats de partenariat gagneront à être développés là où le secteur privé est plus performant que le secteur public, par le savoir-faire qui est le sien et par les solutions innovantes qu'il propose pour « *résoudre la complexité* »¹⁸³.

- Le recours au privé est une réponse en termes de souplesse de gestion :

¹⁸⁰ C. SAINT ETIENNE, article précité.

¹⁸¹ Rapport de synthèse relatif au colloque sur les PPP

¹⁸² Voir en ce sens p. LIGNIERES, partenariats public-privé, p. 61 et suivants.

¹⁸³ Voir conclusions du Rapport du commissariat au Plan.

Il semble évident que les personnes privées n'ont pas les mêmes contraintes que les personnes publiques.

Tout d'abord la gestion du personnel est beaucoup plus souple pour une entreprise privée que pour une administration.

Les entreprises privées ont la possibilité d'individualiser les rémunérations, de promouvoir rapidement, de sanctionner ou de licencier, de recourir à des personnels temporaires...

En outre, il en va de même pour l'attribution des marchés car les personnes privées n'ont pas, en principe, à se plier au formalisme lourd et paralysant des marchés publics.

Enfin, concernant la comptabilité publique, le même raisonnement peut être tenu : celle-ci étant une « *source de lourdeur et de lenteur dans la gestion d'un projet, contrairement à la comptabilité privée* ».

- Le recours au privé est une réponse en termes d'efficacité de gestion :

Au delà des lourdeurs et des formalismes issus des lois et des règlements, les administrations ne bénéficient pas du dynamisme des entreprises privées.

« La recherche de bénéfice et la situation de concurrence incitent les entreprises à faire preuve de rigueur dans leur gestion et à favoriser l'innovation technologique ou managériale »¹⁸⁴

Les gains au recours du privé pourraient représenter 10 à 30% du coût du projet et de ses coûts d'exploitation¹⁸⁵.

- Le recours au privé est un moyen de tester la validité financière du projet :

En effet, un projet qui n'a pas de cohérence économique et financière ne sera pas susceptible d'attirer les opérateurs privés.

Un financement de projet fait intervenir de nombreuses parties qui ont toutes un regard différent : « *chacun dans sa spécialité et depuis son point de vue scrute le projet et cherche à déceler ses moindres défauts afin de ne pas accepter de prendre une part de risques sans l'avoir bien évalué* »¹⁸⁶.

En ce sens, la notion de PPP exige une nouvelle culture afin de rendre conciliable économie des deniers publics et ouverture aux solutions innovantes déjà à disposition du secteur privé.

¹⁸⁴ P. LIGNIERES préc. p62

¹⁸⁵ Conseil national du patronnat français, les financements privés des équipements d'intérêt collectif 1991, p.5

¹⁸⁶ P. LIGNIERES

CONCLUSION GENERALE

Ce travail sur les PPP a montré un certains nombres d'écueils, de dangers, de pression voire de connivences malsaines autour des PPP.

Les partenariats public-privé ne seront pas, comme on pourrait le croire, la solution à tous les problèmes d'équipements publics.

Les partenariats public-privé sont des montages complexes qui ont besoin de temps pour se concrétiser, besoin d'une sécurité juridique que la jurisprudence leur apportera mais aussi besoin d'une ambitieuse réforme de l'Etat.

Dans notre introduction, nous avons évoqué les enjeux auxquels ces contrats devaient répondre : faire plus vite, moins cher et faire mieux.

Les partenariats public-privé peuvent contribuer à réduire la dépense publique en ne l'exposant plus à des risques qui relèvent de la responsabilité du constructeur.

Mais la problématique du « Faire Mieux » constitue le véritable enjeu. En effet, nous avons pu voir que la vraie question se situe au niveau de la préservation de la qualité des services publics, qualité à laquelle les citoyens sont très attachés.

Les illustrations que nous avons pu faire de certaines expériences, notamment celle des services publics de santé britanniques ainsi que l'énumération des coûts cachés inhérents à l'externalisation de la dépense ont pu conduire à une certaine prise de conscience des risques pesant sur les services publics gérés et organisés selon un partenariat public privé.

En ce sens, des contrats de partenariat public privé mal évalués, mal rédigés ou encore dont les risques seraient mal alloués pourraient à notre sens, constituer un héritage négatif pour les générations futures ces dernières devant supporter le poids de la dette et un service public dont la qualité aurait été revue à la baisse.

Cependant peut-on aller jusqu'à qualifier les PPP ou les PFI de « *Perfidious Financial Idiocy* » ou de « *Privatisation du Patrimoine Public* » ?

Nous n'irons pas jusque là, notre conclusion ne se veut pas pessimiste.

En effet, nous avons présenté les différentes techniques qui permettent aux Administrations d'être en mesure de rédiger un « bon » contrat de partenariat public-privé.

Le contrat de partenariat n'est intéressant que si ce coût est plus que compensé par les gains apportés en :

- définissant mieux le programme ;
- réalisant plus vite et avec une meilleure garantie sur les coûts et les délais ;
- gagnant en coût, sûreté et qualité de fonctionnement ;
- préservant la valeur patrimoniale de l'équipement par un entretien régulier ;
- faisant payer l'utilisateur à côté du contribuable quand cela est justifié, dans des conditions plus souples que ne le permet la concession ;
- segmentant et allouant mieux les risques, améliorant ainsi l'économie globale du projet et sa structuration financière.

Ensuite, le montage juridico-financier n'aura d'efficacité réelle que s'il s'accompagne d'un changement profond des pratiques.

En ce sens, la notion de partenariat public-privé exige une nouvelle culture de la part des donneurs d'ordres publics.

Ce changement devra s'accompagner d'un effort particulier de transparence et du développement d'une culture de négociation pour la conclusion de ces contrats.

En effet, ces contrats mettent en présence en réalité trois partenaires : administration, entreprise titulaire et financier.

Il faudra ensuite répartir ces risques entre les cocontractants. Cependant, l'externalisation est, comme a pu le voir, difficilement maîtrisable.

On ne peut nier les coûts de montage, de suivi du contrat, du crédit et des contentieux dus à la multiplication des causes de procès.

Les « experts » devront être à la hauteur de cette complexe répartition des risques et les conseils des personnes publiques devront être à la hauteur de ceux qui conseilleront les entreprises privées.

En outre, les gestionnaires publics devront être attentifs aux pressions de différents lobbys.

Enfin, nous avons décidé de conclure sur une note positive en considérant les PPP comme un outil de performance de l'action publique, voir un outil de réforme de l'Etat.

En ce sens, les PPP considérés sous un angle d'instrument de la réforme de l'Etat, on peut conclure qu'ils constitueraient un héritage positif pour les générations futures.

Le droit communautaire devra jouer un rôle important en la matière.

A ce titre, la commission européenne intégrera le PPP dans sa réflexion. En effet, Jacques BARROT¹⁸⁷, vice président de la Commission Européenne, précisait en quoi la réflexion de la Commission consistait :

« la réflexion en cours sur l'harmonisation de l'encadrement des contrats de concession pourrait aboutir dans les mois qui viennent à ce que la Commission propose au législateur européen (Conseil des ministres et Parlement européen), sous la responsabilité de mon collègue chargé du marché intérieur, Charlie Mc Creevy, d'adapter le cadre européen harmonisé pour fournir aux partenaires publics et privés la lisibilité et la sécurité juridique dont ils ont besoin ».

La réforme des partenariats public- privé constitue une donc une voie à exploiter pour le secteur public.

D'ailleurs, à l'heure d'aujourd'hui, les partenariats public-privé ne sont pas une pratique isolée pour les collectivités¹⁸⁸.

Certaines ont donc franchi le pas, en espérant qu'elles auront été vigilantes sur les différents points que l'on a pu évoquer et que ces contrats feront l'objet d'une évaluation permanente de la part de l'ensemble des parties prenantes.

Le nouveau dispositif est un compromis entre une privatisation totale et le monopole d'Etat dans les services publics.

¹⁸⁷ Voir en ce sens, Revue du Trésor préc. , p 190

¹⁸⁸ Voir en annexe la liste des PPP engagés.

Les accepter sans critique, c'est faire peur de myopie et les refuser d'emblée, c'est faire preuve d'étroitesse d'esprit.

S'ils présentent de nombreux avantages comparatifs par rapport aux autres formes d'association du secteur privé à des projets publics, ils restent perfectibles, et c'est dans cette optique que nous avons rédigé les quelques recommandations qui nous ont semblé essentielles pour encourager une utilisation efficace des nouveaux PPP.

BIBLIOGRAPHIE

Lois et règlements

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée

Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), article 3-II

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ)

Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, article 6

Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médicaux sociaux soumis à autorisation

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat

Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004- 559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales

Jurisprudence

Conseil constitutionnel, décision n° 2002-460 DC, 22 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure - Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

Conseil d'État, n°269814, 27 octobre 2004, M. Sueur et autres Conseil constitutionnel, décision n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, loi de simplification du droit

Lignes directrices

Commission des Communautés européennes, Bruxelles, 30 avril 2004, COM(2004) 327 final, livre Vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions

Rapports

Rapport d'activité de la MAPPP année 2005-2006 – Document de novembre 2006

Le financement des PPP en France. Rapport du Groupe des banques et organismes financiers membres de l'IGD Paris : IGD, 2006.

Partenariats public-privé et actions locales – Rapport Commissariat général au plan – Juillet 2005

Evaluation des contrats globaux de partenariat - Principes, méthodes et comparaisons - Rapport de l'Institut de la gestion déléguée de mars 2004

Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions - Document du 30 avril 2004 -

Ministry of Finance, PPP Knowledge Centre, Manuals Public-Private Partnerships ; Public Private Comparator, août 2002 (2 vol.)

Ouvrages :

LIGNIÈRES (P.), Partenariats publics-privés, Litec, 2000 François Lichère, Boris Martor, Gilles Pédini, Sébastien Thouvenot Pratique des partenariats public-privé. Choisir, évaluer, monter son PPP. Paris : Litec, 2006

PPP mode d'emploi juridique et approche économique par l'IGD et Dexia – Documentation française - 2006 – 283p.

Colloque "Le contrat de partenariat public-privé" Toulouse, 2 et 3 juin 2005.- Droit et ville, n° 60, 2005.- 337 p., tabl., notes, réf. Bibliogr. Retranscription des communications d'un colloque consacré aux contrats de partenariat public-privé.

Revue

Revue du Trésor. No 3-4, mars-avr. 2007.- numéro spécial PPP

Revue « TELESCOPE », Ecole Nationale de L'administration publique, université du Québec, Numéro 12, février 2005

Partenariat public-privé : les leçons des premiers contrats. Dossier La Gazette des communes, No 1870, 22 janv. 2007.

Les contrats de partenariat public-privé. Présentation des aspects juridiques, fiscaux et financiers

La Gazette des Communes, cahier détaché n° 2, 26 juillet 2004.

Articles :

J.-F. Auby, Le cas des Contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires. RFD adm. 2004. 1095.

Boisseau, Tenailleau et Hacquard, Les Contrats de partenariats des collectivités territoriales, Gaz. communes, 26 juill. 2004,

BRACONNIER (S.), L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique, "JCP G.", p. 2134-2142, 24 novembre 2004

Braconnier, Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les Contrats de partenariat, JCP E 2004, no 28-29, p. 1121; Les Contrats de partenariat et les collectivités territoriales: entre mythe et réalités, BJDGP 2004, no 36, p. 340.

Bréville, Partenariat public-privé: la naissance d'une nouvelle catégorie de contrats ? CP-ACCP, sept. 2004, p. 3.

Bréville, Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes, AJDA 2004. 1754.

Brisson, L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des Contrats de partenariat, AJDA 2005. 591.

Cabanes et Neveu, Contrat de partenariat public-privé: comment anticiper les risques ? Mon. TP, 21 janv. 2005. 76.

Debouzy et Guillot, Le contrat de partenariat et la réforme de l'achat public, D. 2005. 319

Delacour, Partenariat: les contrats de troisième type, Contrats et marchés publics 2004, no 7, p. 13.

Delvolvé, Sécurité intérieure, justice, défense : encore ! BJDGP 2004, no 37, p. 434; Constitution et contrats publics, Mélanges Moderne, éd. Dalloz,

DERUY (L.) et LAGUMINA (S.), L'ordonnance relative aux contrats de partenariat : dépasser la polémique, "BJCP", n° 36, p. 348-361

Emery, Les trois principes de passation des Contrats de partenariat public-privé, AJDA 2005. 2269.

Gaudemet, Les Contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique, BJDGP 2004, no 36, p. 331.

KIRAT (T.), L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats "incomplets" à la pratique des contrats administratifs, "Revue internationale de droit économique", n° 1, p. 11-46, 1er janvier 2003

Ménéménis, L'ordonnance sur les Contrats de partenariats: heureuse innovation ou occasion manquée ? AJDA 2004. 1737.

Ménéménis et Lignières, Débat sur les Contrats de partenariat, Dr. adm., nov. 2004, p. 6.

de Saint-Pulgent et Lagumina, Le «contrat de partenariat» nouvel outil de gestion publique, Contrats et marchés publics, déc. 2004, p. 6.

A propos du partenariat public-privé

Exemples de partenariat public-privé : Les SEM, entreprises du partenariat public-privé. Référentiel. Fédération Nationale des Sociétés d'Economie Mixte (FNSEM)

La Société d'Economie Mixte locale : une solution d'avenir pour le PPP. Fédération Nationale des Sociétés d'Economie Mixte (FNSEM). 2003

Internet

Liens vers les sites institutionnels français relatifs à la gestion déléguée

Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariats public-privé (<http://www.ppp.minefi.gouv.fr>)

Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (<http://www.mainh.sante.gouv.fr/>)

Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du Ministère de la justice (<http://www.amotmj.justice.fr>)

Institut de Gestion déléguée (www.fondation-igd.org)

Liens vers les sites institutionnels étrangers relatifs à la gestion déléguée

Institut pour le partenariat public privé Québec (<http://www.ippp.org>)

Bureau des partenariats public privé Canada (<http://www.strategis.ic.gc.ca>)

The National Council for Public-Private Partnerships (<http://www.ncppp.org>)

ANNEXES :

Annexe 1 : Ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

Annexe 2 : Liste des PPP engagés (source : le Moniteur, 8 décembre 2006)

Voir fichiers pdf de l'auteur